



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE, DELLA SOCIETÀ E DELLO SPORT
Dottorato di ricerca in Processo di integrazione europea e diritto internazionale

**GLI IMPEGNI NEL DIRITTO *ANTITRUST* DELLA UE:
TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA ED INTEGRAZIONE DEI MERCATI**

IUS/14

TESI DI
Dott.ssa Vittoria Rubino

COORDINATORE DEL DOTTORATO
Ch.ma Prof.ssa Laura Lorello

TUTOR
Dott. Luigi Raimondi

CO-TUTOR
Ch.mo Prof. Vincenzo Meli

XXIV CICLO – ANNO ACCADEMICO 2012/2013

DOTTORATO



<i>INTRODUZIONE: il rapporto tra diritto e mercato, la modernizzazione del diritto antitrust.</i>	<i>3</i>
--	----------

I CAPITOLO

I principi del diritto antitrust alla luce della modernizzazione

<i>1. La tecnica del decentramento nel Reg. n. 1/2003: il nuovo rapporto tra la Commissione e le Autorità nazionali della concorrenza.</i>	<i>11</i>
<i>2. Il principio di proporzionalità e il potere discrezionale delle Autorità antitrust in materia di impegni.</i>	<i>19</i>
<i>3. Il principio del buon andamento e il buon funzionamento del mercato: un nuovo approccio nell'applicazione del diritto antitrust</i>	<i>28</i>

II CAPITOLO

L'introduzione degli impegni: il cambio di paradigma

<i>1. Il reg. n. 1/2003: il cambio di paradigma</i>	<i>33</i>
<i>2. Verso l'applicazione di un approccio economico.....</i>	<i>36</i>
<i>3. Il tradizionale procedimento per l'accertamento delle infrazioni.....</i>	<i>43</i>
<i>4. Gli impegni nel diritto antitrust europeo:.....</i>	<i>47</i>
<i>a) analisi testuale dell'art. 9 reg. 1/2003</i>	<i>47</i>
<i>b) Contenuto ed effetti degli impegni sul mercato</i>	<i>57</i>
<i>5. Gli impegni nel diritto antitrust italiano:.....</i>	<i>67</i>
<i>a) la l. n. 287/90 e l'introduzione dell'art. 14ter</i>	<i>67</i>
<i>b) La funzione assunta dalla AGCM nella conclusione degli impegni.</i>	<i>77</i>
<i>c) la natura giuridica degli impegni.....</i>	<i>85</i>

d) la scelta dell'AGCM di concludere l'impegno.....	91
5. Il sindacato giurisdizionale in Europa e in Italia.	99

III CAPITOLO

La prassi comunitaria e italiana sugli impegni

1. Introduzione all'analisi comparata dello strumento degli impegni....	103
2. Il criterio oggettivo: comparazione statistica dell'utilizzo dello strumento degli impegni.	106
3. La prassi comunitaria sugli impegni.	109
a) L'impegno concluso con la Repsol	109
b) L'impegno concluso con la Bundesliga.....	111
c) L'impegno con la Apple Inc. e con i gruppi editoriali: Harper Collins, Holtzbrinck/Macmillan, Simon & Schuster.....	114
d) L'impegno concluso con la Coca-cola.....	117
e) L'impegno concluso con De Beers.....	118
f) L'impegno concluso con la Microsoft (tying).	119
4. La prassi italiana sugli impegni.....	124
a) L'impegno concluso con la Vodafone s.p.a.	124
b) L'impegno concluso con le case editrici per i libri scolastici.	125
c) L'impegno concluso sul prezzo dei carburanti.	127
d) L'impegno concluso con Audipress.	128
e) L'impegno sugli Accordi interbancari "ABI-CoGeba"	129
f) L'impegno concluso con la Merck & Co Inc. Merck Sharp & Dohme (Italia)....	130
5. Il disallineamento tra la prassi comunitaria e la prassi italiana.	130
Bibliografia:	140

*INTRODUZIONE: il rapporto tra diritto e mercato, la
modernizzazione del diritto antitrust.*

Negli ultimi decenni il mercato – divenuto globale – ha subito un profondo mutamento, causato dalla rivoluzione digitale e dalla struttura dimensionale delle imprese sempre più transfrontaliere, tese alla conquista del mercato mondiale.

Ciò ha comportato una sempre maggiore diminuzione della valenza delle frontiere “fisiche” di natura politica e geografica; ed infatti, ormai, vi è una struttura societaria tale per cui o le imprese operano sul web, sicché si dotano di minime strutture fisiche per raggiungere l'intero globo, oppure, al contrario, oltrepassano le frontiere fisiche creando colossi multinazionali.

Siffatto fenomeno ha creato uno iato tra le nuove dinamiche del mercato e le regole giuridiche rimaste, invece, immutate e radicate alle tradizionali strutture imprenditoriali; ed infatti, da un lato vi sono le dinamiche del mercato che operano incuranti dei confini e, dall'altro lato, vi sono le singole discipline nazionali che tentano di regolarne l'andamento.

E' stato evidenziato, dunque, il declino della sovranità statale e l'insufficienza delle discipline giuridiche nazionali, e contestualmente, l'aumento delle regole (im)poste dalle imprese multinazionali ed i meccanismi di autoregolazione che tendono a generare una nuova *lex mercatoria*¹.

¹ In ordine a tale fenomeno si veda, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 110 ss.

Il dibattito sorto intorno a queste modifiche strutturali ha condotto a rivalutare il rapporto esistente fra diritto e mercato².

La descritta evoluzione conduce, infine, all'idea odierna di concorrenza, che ha come obiettivo principale il raggiungimento del benessere collettivo, spesso coincidente con il benessere dei consumatori³.

Il concetto di concorrenza da statico diviene dinamico, strumentale al raggiungimento di ulteriori obiettivi.

Questa nuova visione di concorrenza è stata posta alla base della c.d. modernizzazione del diritto comunitario *antitrust*, cristallizzata nel Reg. CE n. 1/2003; la riforma ha capovolto la logica del previgente regolamento, al fine di decentrare maggiormente la politica della concorrenza,

² In tal senso A. PILATO, *Il cambio di paradigma Antitrust dopo il 2003: interpretazione, tempo, strategia*, in *20 anni di antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, Torino, 2010. Si rileva che storicamente, il mercato era visto come un "ordine spontaneo" dotato di regole proprie, in cui attraverso il libero scambio di domanda e offerta si individuava il "giusto prezzo".

Questa idea di concorrenza inizia a trasformarsi nel corso del XIX secolo, periodo in cui la concorrenza si discosta dall'idea di libero ingresso nel mercato, per acquisire una visione maggiormente competitiva, alla ricerca del massimo profitto. La politica della concorrenza, in quel tempo maggiormente sviluppata negli USA, era vista come "un bene in sé" da tutelare in forma statica, tendente ad uno stato di equilibrio perfetto per l'ottimale allocazione delle risorse.

³ M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in *20 anni di antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli, Torino, 2010; nonché M. MOTTA-M. POLO, *Antitrust, Economia e Politica della concorrenza*, il Mulino; in particolare, in quest'ultimo volume gli Autori si soffermano sul concetto di benessere sociale (v. p. 29 ss.), specificando che esso è un concetto che in economia è utilizzato per valutare i benefici che gli agenti economici traggono dagli scambi economici. Tecnicamente esso deriva dal c.d. surplus totale, ovvero dalla somma del surplus dei consumatori con il surplus dei produttori. Il surplus del singolo consumatore è dato, a sua volta dalla differenza tra il prezzo che si intende pagare per un bene e il prezzo che in concreto paga, mentre il surplus del singolo produttore è dato dalla vendita del bene, al lordo dei costi. Nell'analisi effettuata dagli Autori si evidenzia, inoltre, che spesso si tende ad individuare come obiettivo della politica della concorrenza il benessere dei soli consumatori anche perché si ritiene che "il benessere sociale è massimo quando il prezzo del mercato scende fino al costo marginale di produzione e si riduce man mano che il prezzo sale fino ad eguagliare il prezzo di monopolio".

diminuire la mole di lavoro in seno alla Commissione, e al contempo, “responsabilizzare” le Autorità Nazionali.

Ciò è avvenuto attraverso il c.d. doppio binario “*decentralised public antitrust enforcement*” e “*private antitrust enforcement*”⁴.

Fino ai primi anni duemila, dunque, nel diritto antitrust comunitario vi era un *gap* profondissimo fra la disciplina giuridica in vigore (reg. n. 17/62) e l’evoluzione che stava subendo il mercato.

Il regolamento n. 1/2003, dunque, più che modificare la politica della concorrenza dell’Unione Europea, ha aggiornato la disciplina antitrust sulla base di ciò che era avvenuto in ambito comunitario (dall’approvazione dell’ultimo regolamento), sia dal punto di vista economico che dal punto di vista politico.

Le trasformazioni intervenute nei quarant’anni che separano i due regolamenti si possono, infatti, definire “di sistema”.

Per quanto concerne l’aspetto politico, si rileva che dai sei Stati di cui era formata la Comunità economica europea nel 1962, si è passati, alla data di entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, a venticinque Stati; il Trattato di Maastricht, riportante l’espressa menzione del principio di sussidiarietà, non era entrato in vigore, ed infine a livello interno, gli Stati membri si sono dotati di strumenti

⁴ C. PESCE, *I nuovi strumenti di public enforcement, Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012;

legislativi atti a tutelare la concorrenza (si veda per l'Italia la l. n. 287/1990)⁵.

Il regolamento n. 17/62 era caratterizzato da una struttura accentrata della tutela antitrust, necessaria in quel momento, per creare una tutela omogenea ed efficace all'interno dell'Unione.

Al fine di realizzare siffatta tutela, la Commissione era dotata di poteri inibitori (art. 3) e sanzionatori (art. 23)⁶.

I primi, inizialmente, non imponevano una condotta conformativa, ma lasciavano libera l'impresa di adottare la misura necessaria per interrompere l'infrazione; successivamente, invece, la Commissione inasprì le proprie decisioni e cominciò a imporre dei rimedi, a volte anche di tipo strutturale⁷.

I poteri sanzionatori erano particolarmente severi e ciò è desumibile dalle modalità di calcolo delle infrazioni; esse infatti, erano parametrati sulla funzione deterrente da ottenere per evitare un'ulteriore infrazione, e non già per punire l'infrazione causata.

Tanto premesso, al fine di identificare il cambio di paradigma intervenuto con il nuovo regolamento, occorre ricordare, almeno per cenni, le importanti modifiche intervenute con il regolamento n.1/2003.

⁵ P. CASSINIS, *sub art. 1 reg. n. 1/2003*, in *Codice Commentato della concorrenza e del mercato*, A. CATRICALÀ - P. TROIANO (a cura di), Utet, 2010, p. 228.

⁶ C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè - Università degli studi Milano Bicocca, Milano, 2012;

⁷ S. AMADEO, *Decisioni della Commissione*, in *L'applicazione del diritto comunitario alla Concorrenza, Commentario al regolamento n. 1/2003, del Consiglio del 16 dicembre 2002*, A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (a cura di), Milano, 2007;

Innanzitutto, è venuto meno per le imprese l'obbligo di notifica alla Commissione degli accordi che queste intendono concludere e per cui richiedono l'autorizzazione; le imprese, infatti, nel vigore del precedente regolamento erano obbligate a notificare la volontà di concludere un accordo con altre imprese, e solo a seguito di un'autorizzazione potevano realizzarlo.

Questo meccanismo imponeva un ingente utilizzo di risorse, con ampi ritardi, ed impediva, soprattutto, la possibilità di perseguire con la dovuta attenzione le violazioni più gravi.

Un ulteriore importante modifica è stata l'introduzione di una rete di comunicazione fra Commissione e Autorità nazionali (ECN), al fine di favorire la cooperazione ed il raccordo delle informazioni. L'applicazione decentrata, resa possibile anche grazie all'incremento delle discipline sulla politica della concorrenza dei singoli Stati membri, ha dato un grande contributo alla volontà di rendere maggiormente efficace ed efficiente l'applicazione delle norme antitrust europee.

Fra le maggiori novità introdotte con il Regolamento n. 1/2003, che hanno determinato una profonda modifica nella politica della concorrenza adottata dalle istituzioni vi sono gli impegni.

Lo strumento degli impegni consiste in un accordo, fra le imprese - sottoposte ad indagine per un possibile illecito antitrust - e la Commissione (o l'autorità nazionale della concorrenza), avente ad oggetto la modifica di una condotta dell'impresa, che si presume illecita.

Il predetto istituto consente, dunque, alla Commissione di chiudere l'istruttoria su un possibile illecito antitrust, prima che si sia giunti all'effettivo accertamento della violazione e alla conseguente irrogazione di una sanzione.

La Commissione, dunque, non effettua più soltanto un accertamento formale dell'illecito,, ma valuta anche se in presenza di determinate proposte, da parte delle imprese, il suo intervento sia giustificato, o sia più efficiente per il benessere del consumatore concludere subito un impegno e chiudere l'istruttoria.

In altri termini, non è più sufficiente l'infrazione, ma occorre altresì l'opportunità dell'intervento sanzionatorio, attraverso una valutazione che passi anche attraverso una valutazione costi/benefici per il benessere dei consumatori. Esso è l'espressione di un mutamento di approccio nella lettura delle dinamiche concorrenziali, mutamento che coinvolge l'applicazione dei principi ed incide anche sui poteri attribuiti alle Autorità nazionali.

Nel presente lavoro, attraverso lo studio della disciplina degli impegni, si intendono analizzare le profonde modifiche intervenute negli ultimi anni sulla politica della concorrenza dell'Unione europea e del diritto interno, e i rapporti fra la Commissione e l'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato.

Si evidenzierà il ruolo dello strumento degli impegni (art. 9 reg. 1/2003), quale esempio paradigmatico delle modifiche descritte; si vedrà, infatti, come l'introduzione del predetto strumento abbia sradicato l'equazione infrazione = sanzione, introducendo una nuova visione della politica

della concorrenza, meno legata alle forme e più incline alla valutazione degli effetti economici sul mercato; al contempo, si vedrà come un approccio meno formale attribuisca anche nuovi e maggiori poteri discrezionali alle Autorità, potenzialmente pericolosi per il mercato se esercitati non correttamente, determinando anche maggiori difficoltà di integrazione dei mercati.

In particolare, si precisa che l'analisi intende partire, nel primo capitolo, dalle modifiche intervenute nelle disposizioni di principio inerenti la tutela della concorrenza, come il principio di sussidiarietà che regola il rapporto tra la Commissione e le Autorità nazionali sulla concorrenza, e che determina l'attribuzione di maggiori poteri a valle, proseguire con l'analisi del nuovo ruolo assunto dal principio di proporzionalità, parametro determinante attribuito alle Autorità per decidere sugli impegni; ed infine, segnatamente per l'Autorità nazionale, si intende ricostruire il principio del buon andamento in senso economico (art. 97 Cost.), divenuto, negli ultimi anni, uno dei principi guida per far sì che l'attività amministrativa sia non soltanto legittima, ma raggiunga anche il miglior risultato (c.d. amministrazione di risultato), e che pertanto assume un ruolo centrale nella scelta di concludere o meno un impegno.

Dopo l'analisi dei principi, analisi che costituisce un presupposto necessario per comprendere il contesto giuridico in cui si inserisce lo strumento degli impegni, si intende trattare, nel secondo capitolo, della modifica

intervenuta con il regolamento n.1/2003, con particolare riguardo alle norme che disciplinano impegni.

La trattazione della parte centrale del lavoro, si concentrerà, pertanto, su quest'istituto e sui risvolti che questo nuovo strumento determina nelle funzioni attribuite alle Autorità della concorrenza. Infine, nel terzo capitolo, si procederà allo studio della sua applicazione concreta attraverso l'esame comparato di alcuni casi decisi in sede europea ed in sede italiana, al fine di valutare se vi sia un'omogeneità di applicazione della disciplina antitrust.

I CAPITOLO

I principi del diritto antitrust alla luce della modernizzazione

1. La tecnica del decentramento nel Reg. 1/2003: il nuovo rapporto tra Commissione e Autorità nazionali della concorrenza – 2. Il principio di proporzionalità e il potere discrezionale delle Autorità antitrust in materia di impegni – 3. Il principio del buon andamento e il buon funzionamento del mercato: un nuovo approccio nell'applicazione del diritto antitrust.

1. La tecnica del decentramento nel Reg. n. 1/2003: il nuovo rapporto tra la Commissione e le Autorità nazionali della concorrenza.

La riforma intervenuta con il reg. n. 1/2003 ha fortemente rafforzato l'applicazione decentrata del diritto antitrust europeo.

Il decentramento ha, innanzitutto, come effetto immediato quello di rafforzare le competenze delle Autorità nazionali, attribuendo loro maggiori poteri decisionali; ciò determina un'applicazione diffusa degli strumenti del diritto antitrust (tra cui gli impegni), necessaria in astratto per

l'integrazione dei mercati, ma al contempo, anche una possibile differente applicazione concreta degli strumenti antitrust.

Inizialmente, l'effetto diretto della disciplina comunitaria antitrust aveva trovato un riconoscimento soltanto giurisprudenziale nella sentenza Costanzo⁸.

Ed invero, nella predetta sentenza è stato chiarito l'obbligo per le amministrazioni pubbliche nazionali di applicare le norme comunitarie con effetto diretto.

La volontà di decentramento da parte dei Commissari europei, realizzata con il regolamento citato, tesa a rendere maggiormente efficace la tutela della concorrenza risulta già palesata nei considerando del regolamento. In particolare, nei punti 2 e 3 si spiega come il previgente regolamento frenasse la cooperazione con le Autorità garanti e le giurisdizioni nazionali⁹; nel Considerando n. 6 vi è l'auspicio dell'applicazione diretta da parte dell'Autorità nazionale, auspicio confermato e previsto anche in termini precettivi nell'art. 3 par. 1 del medesimo regolamento, in cui si prevede espressamente l'applicazione da parte delle Autorità nazionali degli artt. 101 e 102 TFUE (già artt. 81 e 82 TCE).

⁸ Sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo c. Comune di Milano*.

⁹ Considerando nn. 2 e 3 del regolamento n. 1/2003 “È necessario, in particolare, rivedere le modalità di applicazione della deroga al divieto di accordi restrittivi della concorrenza di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. A tale riguardo va tenuto conto, ai sensi dell'articolo 83, paragrafo 2, lettera b), del trattato, della necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, di semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo. (3) Il sistema centralizzato istituito dal regolamento n. 17 non è più in grado di garantire un equilibrio fra questi due obiettivi. Esso frena l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, mentre il sistema di notificazione che esso comporta impedisce alla Commissione di concentrarsi sulla repressione delle infrazioni più gravi. Esso impone inoltre ingenti costi alle imprese”.

Si aggiunga, peraltro, che la previsione della diretta applicazione delle norme del Trattato è stata considerata, in astratto, come lo strumento migliore per una politica unitaria, omogenea, e dunque, efficace¹⁰.

Una tale puntualizzazione, apparentemente superflua data la giurisprudenza unanime sul punto, sembra necessaria per il tipo di organo cui le norme sono dirette: un'autorità amministrativa che grazie al decentramento effettuato con la riforma si ritrova a gestire ampi poteri in cooperazione con le altre Autorità e con la Commissione e che in concreto può applicare la disciplina antitrust in modo differente rispetto alle altre Istituzioni¹¹.

Procedendo ad un'analisi più dettagliata dell'anzidetto regolamento, si rileva il drastico decentramento effettuato sulle modalità di accertamento degli illeciti concorrenziali attraverso l'attribuzione di numerosi poteri alle Autorità garanti della concorrenza presenti nei diversi Stati membri¹².

¹⁰ Si veda a tal proposito il considerando n.6 *“Per garantire un’efficace applicazione delle regole di concorrenza comunitarie sarebbe opportuno coinvolgere in maggior misura le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. A tal fine, ad esse dovrebbe essere conferito il potere di applicare il diritto comunitario”*; e l’art.3 par. 1 del regolamento *“Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l’articolo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall’articolo 82 del trattato, esse applicano anche l’articolo 82 del trattato”*.

¹¹ F. MUNARI, *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE- primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *mercato concorrenza regole*, n. 1 aprile 2010;

¹² M. POLO, *Una stagione di riforme per l'antitrust europeo – intervista a MARIO MONTI*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, p. 302; nella presente intervista l'allora commissario UE alla concorrenza artefice (insieme ad altri commissari) del regolamento n. 1/2003 spiega il rapporto fra Commissione e Autorità garanti nei seguenti termini: *“la valorizzazione del principio di*

Ed invero, si menziona, innanzitutto la creazione della c.d. rete di autorità di concorrenza (*European Competition Network - ECN*), che consente una forte cooperazione fra la Commissione e le Autorità¹³.

Alla luce della riforma, la Commissione assume un ruolo differente, di controllo sulle modalità di applicazione delle norme comunitarie da parte delle Autorità, e solo in delimitati casi, il potere di avocazione delle indagini sulle attività delle imprese.

In particolare, la disciplina è individuata nel capitolo IV del regolamento denominato “cooperazione” agli artt. 11 e

sussidiarietà cui si ispira la nostra riforma si fonda sull'idea che i casi vanno ripartiti tra la Commissione e le Autorità nazionali in base a criteri di pura competenza territoriale, nel presupposto che tutte le autorità di concorrenza della UE garantiscano lo stesso grado di tutela, applicando le norme secondo principi interpretativi e standard valutativi comuni, e con lo stesso rigore ed efficacia”.

¹³ Si veda art. 35 par.1 del reg. 1/2003 rubricato “Designazione delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri” ai sensi del quale: “*Gli Stati membri designano l'autorità o le autorità garanti della concorrenza responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato in modo da garantire un'efficace conformità alle disposizioni del presente regolamento. Le misure necessarie per conferire a tali autorità il potere di applicare detti articoli sono adottate entro il 1o maggio 2004. Tra le autorità designate possono figurare le giurisdizioni nazionali*”; nonché la successiva “Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza” del 27.04.2004 che nel punto 1. dell'introduzione dispone che: “*Il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato istituisce un sistema di competenze parallele in base al quale la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri (2) possono applicare l'articolo 81 e l'articolo 82 del trattato CE (di seguito il «trattato»). La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche autorità: esse opera no nell'interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza. La rete costituisce un foro di discussione.*

*e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza. Essa costituisce il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le autorità europee garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli articoli 81 e 82 del trattato e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa. La rete è denominata «European Competition Network (ECN)»; si veda a tal proposito F. MUNARI, *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE-primi bilanci, problemi irrisolti e parziali soluzioni, in mercato concorrenza regole* 2010, p. 149, il quale considera la creazione della presente “rete” come “il più ambizioso tentativo di coordinamento tra istituzioni nazionali e comunitarie mai realizzatosi tra organi degli Stati e istituzioni dell'Unione”.*

ss., e successivamente esplicitata nella Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza” del 27.04.2004.

A tal proposito, si rileva che l'art. 11¹⁴ rappresenta la perfetta applicazione del decentramento nella tutela della concorrenza; il primo paragrafo appare costruito alla stregua di una disposizione di principio: *“La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri*

¹⁴ Si veda il testo integrale dell'art. 11 reg. n.1/2003, *“La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione.*

2. La Commissione trasmette alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri copia dei principali documenti raccolti ai fini dell'applicazione degli articoli 7, 8, 9, 10 e dell'articolo 29, paragrafo 1. La Commissione fornisce all'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, su richiesta di quest'ultima, copia di altri documenti esistenti necessari alla valutazione della pratica trattata.

3. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri agiscono ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato, esse ne informano per iscritto la Commissione prima o immediatamente dopo l'avvio della prima misura formale di indagine. L'informazione può essere resa disponibile anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri.

4. Al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri informano la Commissione. A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta. Tali informazioni possono essere fornite anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Su richiesta della Commissione, l'autorità garante della concorrenza che agisce rende disponibili alla Commissione altri documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica. Le informazioni fornite alla Commissione possono essere messe a disposizione delle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Le autorità nazionali garanti della concorrenza possono anche scambiarsi le informazioni necessarie alla valutazione di un caso di cui si occupano a norma degli articoli 81 o 82 del trattato.

5. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono consultare la Commissione. Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono consultare la Commissione su qualsiasi caso che implichi l'applicazione del diritto comunitario.

6. L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima”.

applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione”.

Il secondo ed il terzo paragrafo indicano, invece, rispettivamente le attività che devono porre la Commissione e le Autorità nazionali per rendere concreta la cooperazione.

Ed invero, da un lato, la Commissione è tenuta a trasmettere alle Autorità copia dei documenti necessari per istruire le pratiche a livello nazionale; dall'altro lato, le Autorità sono tenute ad agire secondo le norme del trattato (oggi artt. 101 e 102 TUE) e a dare tempestiva informazione alla Commissione sull'apertura delle indagini.

E ancora la norma aggiunge l'obbligo di tempestiva informativa alla Commissione di tutte le decisioni prese, nonché l'invito a collaborare con le Autorità nazionali degli altri Stati membri. Infine si stabiliscono sempre nel medesimo paragrafo i rapporti esistenti fra le indagini attivate dalla Commissione e quelle delle Autorità nazionali.

In particolare, si precisa, in primo luogo, che qualora la Commissione dovesse iniziare un'attività d'indagine, le Autorità non potranno procedere autonomamente, ed in secondo luogo, si individua la possibilità per la Commissione di avocare a sé un'indagine già intrapresa a livello nazionale, unicamente dopo essersi confrontata con l'Autorità presso cui si era partita l'indagine; la scelta di non utilizzare il decentramento, e dunque, di centralizzare l'indagine viene considerata come un'*extrema ratio*, e soltanto nelle ipotesi in cui siano coinvolti più di tre Stati

membri e/o qualora vi sia un interesse comunitario che imponga una decisione a livello europeo¹⁵.

Occorre segnalare, con particolare riguardo agli impegni che l'art. 11 par 4¹⁶ del regolamento n.1/2003 prevede che al più tardi di trenta giorni prima dell'accettazione di un impegno le Autorità devono informare la Commissione indicando la documentazione a supporto, la quale può anche essere inviata ad Autorità di altri Stati membri.

Si ritiene, in ogni caso, che la comunicazione della volontà di accettare impegni non sia da considerare un atto endoprocedimentale suscettibile di sindacato di legittimità, quanto un'azione funzionale al miglioramento dell'integrazione dei mercati¹⁷.

¹⁵ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 759 ss.

¹⁶ Si veda il testo dell'art. 11 par. 4 del reg. 1/2003 *"Al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri informano la Commissione. A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta. Tali informazioni possono essere fornite anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Su richiesta della Commissione, l'autorità garante della concorrenza che agisce rende disponibili alla Commissione altri documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica. Le informazioni fornite alla Commissione possono essere messe a disposizione delle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Le autorità nazionali garanti della concorrenza possono anche scambiarsi le informazioni necessarie alla valutazione di un caso di cui si occupano a norma degli articoli 81 o 82 del trattato"*.

¹⁷ In tal senso TAR Lazio n. 2900/2008 nella parte in cui si afferma che *"La consultazione della Commissione non appare infatti finalizzata all'emissione di un parere, o comunque all'adozione di un provvedimento idoneo ad inserirsi, quale atto preparatorio, nella serie procedimentale interna, bensì soltanto alla formulazione di eventuali "osservazioni" sul caso, idonee ad assicurare un'applicazione uniforme del diritto comunitario. (...) Ogni autorità garante della concorrenza continua ad essere pienamente responsabile del corretto svolgimento dei procedimenti relativi ai casi da essa trattati"*.

Tale prospettiva è del resto coerente con il processo di decentramento dell'attività di enforcement del diritto comunitario della concorrenza, nell'ambito del quale le Autorità nazionali sono "organi operanti in funzione comunitaria" (cfr. TAR Lazio, sez. I^a, 7 marzo 2006, n. 1713, Merck)".

A ciò si aggiunga che il medesimo articolo prevede al par. 6¹⁸ il potere per la Commissione di avocare a sé il procedimento soltanto previa consultazione dell'Autorità e comunque qualora il procedimento non sia già in una fase avanzata¹⁹.

L'applicazione della tecnica del decentramento ha consentito alla Commissione di assumere un ruolo di "Istituzione" che pone degli orientamenti generali attraverso le comunicazioni, mentre le Autorità più ravvicinate territorialmente alle attività delle imprese si occupano del controllo sul rispetto delle norme antitrust.

Da quanto esposto emerge che, il meccanismo del decentramento contribuisce al processo d'integrazione europea, ed a una politica volta a creare omogeneità di discipline e di applicazione ed interpretazione delle stesse norme, garantendo piena autonomia alle Autorità nazionali

¹⁸ Si veda l'art. 11 par. 6 del reg. 1/2003: *"L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima."*

¹⁹ In tal senso TAR Lazio n. 2900/2008 nella parte in cui si afferma che *"L'unico atto in grado di privare le Autorità nazionali della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato è rappresentato infatti dall'esercizio da del potere di avocazione. Secondo la Comunicazione cit., la Commissione può tuttavia, in linea di massima, avviare il procedimento ai sensi dell'art. 11, par. 6, del Reg. n. 1/2003, solo nel corso del c.d. "periodo iniziale di attribuzione", vale a dire immediatamente dopo la comunicazione dell'avvio di un'indagine ai sensi dell'art. 11, par. 3, mentre, successivamente, l'intervento "autoritativo" della Commissione appare piuttosto come uno strumento di "risoluzione dei conflitti", determinati dal fatto che i membri della rete prevedano "di adottare decisioni contrastanti sul medesimo caso", ovvero "una decisione palesemente in conflitto con la giurisprudenza consolidata". Inoltre (par. 57), in assenza di particolari ragioni di interesse pubblico comunitario, la Commissione "non adotterà una decisione in conflitto con una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza nel caso in cui si sia provveduto nei modi dovuti alle comunicazioni di cui all'art. 11, paragrafi 3 e 4, del Regolamento del Consiglio" e non sia stato esercitato il potere di avocazione.*

della concorrenza, attraverso un'applicazione parallela degli strumenti del diritto antitrust come l'istituto degli impegni.

2. Il principio di proporzionalità e il potere discrezionale delle Autorità antitrust in materia di impegni.

Il principio di proporzionalità trova piena applicazione nel diritto antitrust. Esso, infatti, garantisce un argine al potere discrezionale attribuito alla Commissione in materia di concorrenza, potere attribuito per valutare le complesse norme economiche che regolano il mercato²⁰.

A ciò si aggiunga, che il predetto principio integra la tecnica del decentramento con l'elemento della necessità; ed invero, con la formazione della ECN vi è la possibilità di attribuire alle Autorità nazionali poteri che non necessitano di un intervento a livello comunitario, rendendo al contempo più efficiente il sistema multilivello tra le Istituzioni europee e quelle degli Stati membri.

L'applicazione del suddetto principio nell'ordinamento comunitario deriva dalla sua presenza nell'ordinamento tedesco; nel Trattato di Roma non era presente una norma che ne imponesse espressamente il rispetto, tuttavia, attraverso il lavoro ermeneutico della Corte di Giustizia se ne è estratta l'essenza da diverse disposizioni²¹; ciò è stato agevolato dalla tecnica del rinvio pregiudiziale che ha

²⁰ PESCE C., *I nuovi strumenti di public enforcement, Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012;

consentito l'integrazione dei principi dei singoli Stati con le disposizioni comunitarie.

Ed invero, a ben vedere, il principio di proporzionalità è considerato come una delle espressioni del concetto di giustizia ed equità nell'uso del potere statale.

La sua presenza negli ordinamenti giuridici, infatti, garantisce che i mezzi e gli strumenti adottati dai poteri pubblici siano proporzionati rispetto agli scopi prefissati; si ricordi, a tal proposito, che gli Stati, godendo della Sovranità in un determinato territorio, possiedono anche il potere coercitivo per il mantenimento della stessa.

La cessione di una parte della Sovranità all'Unione europea, dunque, ha determinato altresì la cessione dei suoi corollari tra i quali la proporzionalità, quale principio regolatore dell'uso del potere.

Siffatto principio, dunque, è stato inizialmente ricondotto ai c.d. principi non scritti dell'ordinamento comunitario, ed il suo significato è stato individuato come quel "rapporto tra sanzione inflitta e gravità della violazione compiuta"²².

In un secondo momento il principio di proporzionalità ha trovato espresso riconoscimento nel Trattato CEE nell'articolo 3B, oggi è espressamente indicato insieme al principio di sussidiarietà nell'art. 5 del TUE.

Ciò che risulta necessario ai fini dell'analisi da effettuare nei successivi capitoli, è l'individuazione del ruolo che oggi il principio di proporzionalità assume nel diritto *antitrust*, e in particolare, nella valutazione degli impegni; a tal fine è

²² In tal senso M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, Napoli, 1999, p.161 ss; si veda in particolare Corte di Giustizia, Sentenza 17 dicembre 1970, causa n. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

necessario ricostruirne il corretto significato con i suoi corollari.

Nel significato originario, sopra accennato, la proporzionalità è connessa al concetto di necessità, in quanto serve a individuare lo strumento necessario ed indispensabile da utilizzare per il raggiungimento di un dato obiettivo.

Ciò dunque, consente di controllare che gli oneri imposti agli interessi dei privati per il raggiungimento dell'interessi pubblici siano i minori possibili.

Questo tipo di delimitazione si applica sia all'azione legislativa, sia all'azione amministrativa.

Dopo la codificazione del principio, sia nella prima stesura che anche dopo il Trattato di Lisbona, sembra che il significato attribuito resti quello connesso alla necessità.

All'uopo, occorre esaminare il combinato disposto del paragrafo 2 con il paragrafo 4 dell'art. 5 TUE²³; da una lettura sistematica emerge che il principio di proporzionalità è utilizzato come limite esterno al contenuto e alla forma dell'azione dell'Unione per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati.

Questa accezione del principio di proporzionalità, peraltro, ben si lega con il decentramento, sopra esaminato. Il principio in esame, estrinsecandosi nella necessità e

²³ Si veda art. 5 par.2 in forza del quale *“In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri”* ed il par.4 *“In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati”*.

sufficienza dell'azione comunitaria, completa e si intreccia con la scelta di decentrare o accentrare determinate attività.

Determinate competenze si decentrano (si veda in tema di concorrenza le Autorità statali), in quanto non è necessaria un'azione comunitaria e, al tempo stesso, risulta più efficace un'azione statale²⁴.

La tradizione tedesca, tuttavia, ha introdotto nell'ordinamento comunitario altre due accezioni del principio di proporzionalità la congruità (o idoneità) e la c.d. proporzionalità in senso stretto.

Sulla scorta della prima, la proporzionalità impone che lo strumento adottato sia congruo al risultato da raggiungere, mentre riguardo alla seconda, si verifica l'esistenza di un nesso di causalità tra il mezzo adottato ed il risultato raggiunto, affinché il sacrificio del privato non risulti troppo gravoso.

Queste ultime due accezioni completano il significato del principio in esame e gli attribuiscono un ruolo centrale.

Ed infatti, attraverso queste due letture del principio di proporzionalità è possibile restringere l'attività discrezionale dell'azione amministrativa.

Se per attività discrezionale si intende l'operare una scelta tra varie legittime, attraverso il principio di proporzionalità fra le scelte legittime da adottare si dovrà porre la più congrua e quella che abbia una più stretta connessione con il risultato da raggiungere senza restringere eccessivamente gli interessi dei privati.

²⁴ A tal proposito M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, cit., individua tre fasi: "individuazione dell'obiettivo; valutazione della capacità degli Stati membri e dell'azione comunitaria a conseguirlo; scelta della misura che comporti il minor danno alla competenza degli Stati membri".

Al pari di ciò, per quanto concerne l'attività legislativa, oltre al requisito della necessità, le scelte politiche saranno indirizzate dalla congruità e minore sacrificio per il privato.

Da questa breve analisi, emerge il ruolo trasversale del principio di proporzionalità che gode di una duplice estrinsecazione: da un lato, alla stregua di parametro di legittimità degli atti normativi e amministrativi dell'ordinamento comunitario (codificato nell'art. 5 TUE) e dall'altro lato, come principio ermeneutico dell'intero diritto europeo.

Passando dal generale al particolare, si rileva che il principio di proporzionalità ha trovato larga applicazione nella valutazione delle proposte di impegni presentate dalle imprese alle Autorità antitrust.

Tuttavia, il ruolo da attribuire a siffatto principio, è stata oggetto di un forte contrasto nella giurisprudenza europea.

Il caso riguarda la nota vicenda Alrosa/De Beers²⁵, caso in cui la Corte di Giustizia ha sovvertito quanto statuito dal Tribunale di primo grado in ordine al ruolo che assume il principio di proporzionalità nella scelta attribuita alla Commissione di concludere o meno un impegno.

²⁵ La Decisione della Commissione COMP/38.381 del 22.2.2006 atteneva ad un accordo di fornitura fra i produttori di diamanti Alrosa e De Beers, in forza del quale il primo si impegnavano di vendere e l'altro di acquistare ogni anno un ingente somma di diamanti grezzi. A seguito di un'apertura da parte della Commissione di due procedimenti, uno per violazione dell'art. 101 TUE e l'altro, nei confronti soltanto di Alrosa per violazione dell'art. 102 TUE, le imprese presentarono diverse proposte di impegni, e la Commissione ne accettava uno presentato unicamente da De Beers con cui si impegnavano di anticipare al 2009 il termine di conclusione del contratto. Alrosa, dunque, decideva di impugnare l'impegno per violazione del principio di proporzionalità, atteso che si reputava un impegno eccessivamente oneroso da sopportare per De Beers, e per violazione del principio del contraddittorio nei confronti di Alrosa.

Il Tribunale di primo grado con sentenza dell'11.7.2007, T-170/06, annullava la decisione della Commissione per violazione del principio di proporzionalità, atteso che la Commissione avrebbe dovuto individuare un impegno meno gravoso rispetto a quelli presentati²⁶.

I Giudici hanno esercitato un rigoroso controllo della proporzionalità rilevando che l'impegno non deve essere soltanto idoneo, ma anche necessario rispetto all'obiettivo da raggiungere; siffatta valutazione deve essere assunta dalla Commissione in sede di controllo di contenuto dell'impegno.

E' stato, dunque, operato un parallelismo tra l'accertamento dell'illecito e la conclusione degli impegni, accentuando la fungibilità delle due opzioni e l'esigenza di individuare nell'eliminazione delle distorsioni l'elemento primario di coerenza interna del sistema²⁷.

La Corte di Giustizia²⁸, successivamente, in conformità con quanto proposto dall'Avvocato generale²⁹, annullava la

²⁶ La società De Beers aveva presentato un impegno individuale alla Commissione con cui si impegnava a non concludere più contratti con Alrosa; la suddetta proposta era stata posta a seguito del rifiuto della Commissione sulla proposta di un impegno congiunto Alrosa De Beers che prevedeva la diminuzione progressiva dei rapporti fra le due imprese. La proposta degli impegni era scaturita dall'invio di addebiti formali ad entrambe le società per violazione dell'art. 101 par.1 TFUE e di un addebito individuale alla De Beers ex art. 102 TFUE.

²⁷ Si veda in tal senso Causa dell'11.7.2007 T- 170/06, *Alrosa*, par. 101 in considerazione del quale: *"Sarebbe infatti in contrasto con l'economia del regolamento n. 1/2003 che una decisione la quale, ai sensi dell'art. 7, n. 1, del medesimo regolamento, dovrebbe essere considerata non proporzionata all'infrazione accertata possa essere adottata facendo ricorso al procedimento ex art. 9, n. 1, sotto forma di un impegno reso obbligatorio, per il motivo che l'infrazione non ha potuto essere formalmente provata in tale contesto"*; nonché J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 356.

²⁸ Corte di Giustizia sentenza del 29.6.2010, Caso C – 441/07 P, Grande Sezione, *Commissione europea c. Alrosa company*.

²⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, del 17 settembre 2009, C- 441/07 P.

sentenza di primo grado, e sanciva la legittimità della condotta della Commissione.

In breve, La Corte assumeva l'inesistenza in capo alla Commissione di un obbligo di ricerca di un impegno più idoneo rispetto a quelli proposti, avendo come un unico onere quello di valutare che gli impegni proposti possano eliminare le preoccupazioni manifestate.

Assumeva inoltre, l'assenza di un parallelismo fra l'accertamento dell'illecito ex art. 7 e la conclusione di un impegno ex art. 9. A dire della Corte, il principio di proporzionalità, presente in entrambi i procedimenti, assume funzioni differenti, così come i due strumenti perseguono interessi differenti: l'esistenza di un illecito, da un lato, la rapidità nel risolvere preoccupazioni anticoncorrenziali, dall'altro³⁰.

³⁰ A tal proposito, Corte di Giustizia 29.6.2010, Caso C – 441/07 P, si veda il par. 41: *“L’attuazione da parte della Commissione del principio di proporzionalità nel contesto dell’art. 9 del regolamento n. 1/2003 si limita alla sola verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni. Nell’esercizio di tale verifica, la Commissione deve tuttavia prendere in considerazione gli interessi dei terzi.”*; il par. 47 *“Pertanto, nulla impone che la misura che potrebbe eventualmente essere applicata nel contesto dell’art. 7 del regolamento n.1/2003 debba servire da riferimento ai fini della valutazione della portata degli impegni accettati in applicazione dell’art. 9 di tale regolamento e che si debba considerare automaticamente sproporzionato tutto quanto va oltre la citata misura. Quindi, anche se certamente ciascuna delle decisioni adottate a titolo di tali due disposizioni è assoggettata al principio di proporzionalità, l’applicazione di tale principio è tuttavia diversa a seconda che l’una o l’altra di tali disposizioni sia interessata; il par 61: “Al fine di rispondere alla censura della Commissione e di valutare se effettivamente, come sostenuto da quest’ultima, il Tribunale abbia violato il margine discrezionale di cui essa dispone nell’ambito dell’accettazione di impegni a titolo dell’art. 9 del regolamento n. 1/2003, occorre anzitutto precisare l’ampiezza di tale margine discrezionale. Atteso che la Commissione non è tenuta a cercare essa stessa alternative meno onerose o più moderate agli impegni sottoposti, come rilevato ai punti 40 e 41 della presente sentenza, l’unico obbligo ad essa incombente nel caso di specie, relativamente alla proporzionalità degli impegni, era di verificare se gli impegni congiunti, proposti nell’ambito del procedimento avviato ex art. 81 CE, fossero sufficienti a rispondere alle preoccupazioni da essa identificate nell’ambito del procedimento avviato ex art. 82 CE”.*

Ed infatti, mentre per il Tribunale di primo grado la proporzionalità si applicava sia nell'accezione dell'idoneità dell'impegno che in quello della necessità, la Corte, invece, ha rilevato che la Commissione deve unicamente valutare l'idoneità dell'impegno ad eliminare le preoccupazioni di distorsione e non deve anche valutarne la necessità.

La Corte ha ricondotto siffatta considerazione a due elementi. Il primo, ripreso dalle conclusioni dell'avvocato generale³¹, e attiene alla libertà di impresa declinata nella libertà contrattuale; le imprese sono libere di concludere ma anche di sciogliere un contratto; sicchè nel caso specifico la De Beers può impegnarsi con la Commissione a non concludere più contratti con Alrosa, ancorchè questo sia un impegno particolarmente oneroso per la De Beers,

³¹ Si veda la conclusione dell'avvocato generale Kokott nella citata sentenza Alrosa dal punto 225 a 229 *“La libertà contrattuale fa parte dei principi generali del diritto comunitario. Essa costituisce il corollario della libertà di azione delle persone. Essa è altresì legata indissolubilmente alla libertà d'impresa, tutelata a livello costituzionale. In una Comunità che è tenuta a rispettare il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza garantire la libertà contrattuale è indispensabile. Anche la giurisprudenza della Corte riconosce che agli operatori economici spetti la libertà contrattuale. Nell'adottare decisioni in materia di diritto della concorrenza, la Commissione deve tener conto del principio della libertà contrattuale ovvero della libertà d'impresa.*

227. La libertà contrattuale non comprende tuttavia solo la libertà di concludere contratti (libertà contrattuale positiva), bensì anche la libertà di non concludere contratti (libertà contrattuale negativa).

228. Con i suoi impegni individuali nei confronti della Commissione, la De Beers ha fatto uso della sua libertà contrattuale negativa. L'impresa ha rinunciato volontariamente, per il futuro, a stipulare contratti con la Alrosa.

229. Il carattere volontario di tale rinuncia non è infirmato dalla circostanza che la De Beers ha offerto i propri impegni durante un procedimento in materia di intese pendente al fine di evitare una decisione di divieto, incluso l'accertamento, ivi contenuto, della sua posizione dominante sul mercato. Il mero annuncio di un procedimento in materia di intese ovvero la sua prosecuzione da parte della Commissione, fino ad una decisione di divieto e ad una possibile ammenda, non costituisce un mezzo sleale, bensì uno strumento del tutto legale con il quale la Commissione persegue lo scopo legittimo di proteggere efficacemente la concorrenza da distorsioni”.

onere che potrebbe anche eccedere l'importo di una sanzione ex art. 7 reg. 1/2003³².

Il secondo elemento attiene alla struttura e alla ratio dell'istituto in esame, ovvero la rapida conclusione di un accordo che consenta l'eliminazione di una presunta distorsione della concorrenza³³.

Alla luce di quanto esposto si rileva che, la Corte con la sentenza Alrosa fissa dei parametri chiari cui la Commissione si deve attenere nella valutazione degli impegni, cristallizzando il concetto che gli impegni ex art. 9 e l'accertamento dell'infrazione ex art. 7 non sono fungibili, ma al contrario hanno finalità del tutto differenti.

In ambito nazionale, occorre aggiungere che il suddetto principio, in forza dell'art. 1 comma 1 della l. n. 241/90 acquisisce l'efficacia propria dei principi di diritto interno,

³² Si veda Corte di Giustizia sentenza del 29.6.2010, Caso C – 441/07 P, Grande Sezione, *Commissione europea c. Alrosa company* al punto 48 “*Le imprese che propongono impegni in base all’art. 9 del regolamento n. 1/2003 accettano coscientemente che le loro concessioni possano eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa dovesse adottare conformemente all’art. 7 di tale regolamento a seguito di un’inchiesta approfondita. Per contro, la conclusione del procedimento d’infrazione avviato nei confronti di tali imprese consente loro di evitare la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza e l’eventuale irrogazione di un’ammenda*”.

³³ Si veda Corte di Giustizia sentenza del 29.6.2010, Caso C – 441/07 P, Grande Sezione, *Commissione europea c. Alrosa company* al punto 35 :“*Si tratta in tal caso di un nuovo meccanismo introdotto dal regolamento n. 1/2003 e volto a garantire l’applicazione efficace delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato CE mediante l’adozione di decisioni che rendono obbligatori gli impegni proposti dalle parti e giudicati appropriati dalla Commissione al fine di fornire una soluzione più rapida ai problemi di concorrenza da essa identificati, invece di avviare l’iter per la constatazione formale di un’infrazione. Più particolarmente, l’art. 9 del citato regolamento è ispirato da considerazioni di economia processuale e consente alle imprese di prendere pienamente parte al procedimento, proponendo le soluzioni che esse ritengono più appropriate e adeguate per rispondere alle citate preoccupazioni della Commissione*”.

consentendone un'applicazione generale anche al di là delle competenze comunitarie³⁴.

Alla luce di ciò, un atto amministrativo interno posto in violazione del principio di proporzionalità dovrebbe essere censurato per eccesso di potere, mentre un atto normativo dovrebbe essere disapplicato dal giudice e una tale considerazione potrebbe determinare dei risvolti molto interessanti per la valutazione in sede di legittimità dei provvedimenti adottati dall'AGCM.

3. Il principio del buon andamento e il buon funzionamento del mercato: un nuovo approccio nell'applicazione del diritto antitrust.

A livello di diritto interno non può sfuggire il raccordo del principio di proporzionalità con il principio del buon andamento.

L'art. 97 Cost. stabilisce che *“i pubblici uffici sono organizzati in base alla legge in modo che sia garantito il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”*.

Risulta chiaro dalla lettera della norma, che l'apparato organizzativo statale deve perseguire le proprie attività attraverso il rispetto del principio di legalità, del buon andamento e dell'imparzialità.

³⁴ Art.1 comma1 della l. n. 241/90 ai sensi del quale: *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.”* Si veda a tal proposito F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 2, CEDAM, 2009, Padova, p. 74 ss;

Per ciò che qui interessa, è sufficiente soffermarsi sul principio del buon andamento ed il suo rapporto con il principio di proporzionalità; in Italia, l'Autorità garante della concorrenza, pur avendo diverse peculiarità che si analizzeranno successivamente, rientra nell'area statale, e pertanto l'organizzazione e la gestione devono essere rispettosi del principio del buon andamento, declinato segnatamente nel buon funzionamento del mercato.

Tradizionalmente, il suddetto principio è stato utilizzato per individuare il contenuto sostanziale del principio di legalità, come parametro di congruità e non arbitrarietà dell'azione amministrativa.

Corollari del buon andamento sono l'efficienza, l'efficacia e l'economicità.

Laddove l'efficienza indica il migliore rapporto costo/benefici, l'efficacia è l'idoneità del mezzo per il raggiungimento del risultato prefissato, ed infine l'economicità consiste nel raggiungimento dell'obiettivo con il minor dispendio di mezzi.

Ebbene, la breve disamina appena effettuata fa emergere la vicinanza del buon andamento con il principio di proporzionalità, nella misura in cui entrambi i principi sono volti ad individuare il mezzo più idoneo da utilizzare.

In effetti, come sopra accennato, la lettura in questi termini del buon andamento è di carattere tradizionale; esso, negli ultimi anni, sta assumendo dei connotati differenti, acquisendo un ruolo centrale ed autonomo rispetto al principio di legalità in senso sostanziale; l'amministrazione pubblica con le ultime riforme

intervenute³⁵ si sta fondando su una concezione di amministrazione c.d. “del risultato” in cui il principio del buon andamento risulta dominante³⁶.

La dottrina ha definito la nuova lettura di cui ora si darà conto come “la concezione sostanziale del buon andamento”³⁷.

La suddetta concezione si basa sul fatto che il buon andamento trae origine da un sistema esterno al diritto, ovvero dalle scienze economiche, e pertanto, occorre renderlo compatibile con il principio di legalità.

Il buon andamento arricchisce l’attività amministrativa di un obbligo di risultato, attività, che deve apparire più efficiente sia per le risorse statali sia per i consociati.

Segnatamente, nel caso che qui interessa, se da un lato, le Autorità garanti devono rispettare l’ordinamento comunitario e nazionale (principio di legalità), dall’altro lato, attraverso questo principio sono vincolate al raggiungimento di un risultato che sia il più produttivo rispetto al macro obiettivo prefissato, nel caso di specie, il rispetto della concorrenza (principio del buon andamento declinato nel buon funzionamento dei mercati).

³⁵ Si vedano le riforme del pubblico impiego e della dirigenza, le leggi c.d. Bassanini, nonché le leggi n.15 e 80 del 2005 che hanno modificato la l. n. 241/90.

³⁶ In ordine all’evoluzione dell’applicazione del principio del buon andamento nella pubblica amministrazione si veda il Parere emesso dalla Sezione consultiva del Consiglio di Stato in data 9.6.2009 n. 1943/09 avente ad oggetto: “Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione – schema di decreto legislativo di attuazione dell’art. 4, l. 4.3.2009, n.15 in materia di ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici”; nel presente parere i Giudici di Palazzo Spada nell’emettere un parere sul nuovo sistema di valutazione dei pubblici dipendenti basato su standard qualitativi ed economici, analizzano il ruolo e l’evoluzione che il principio del buon andamento sta assumendo nella pubblica amministrazione.

³⁷ F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. 1, cit.

Va da sé che il perseguimento del principio del buon andamento non può finire con il violare una norma giuridica, atteso che *“l’ordinamento giuridico non può negare se stesso”*³⁸; pertanto, non deve realizzarsi una collisione fra diritto ed economia, bensì una convergenza.

All’uopo, l’attribuzione di un ruolo preminente al buon andamento può essere raggiunto attraverso l’ingresso delle regole economiche nelle norme giuridiche.

Ciò in concreto avviene mediante l’inserimento nella fattispecie normativa di elementi c.d. extra-normativi, che nel caso di specie sarebbero proprio elementi derivanti dalle scienze economiche³⁹.

Il diritto pubblico dell’economia, ed in particolare le funzioni attribuite all’Autorità garante della concorrenza sembrano costruite proprio attraverso questa tecnica legislativa rispettosa del buon andamento in senso sostanziale.

³⁸ F. BELLOMO, *Nuovo Sistema di diritto amministrativo*, Diritto e Scienza, Bari, 2013.

³⁹ Si consideri, infatti, che il mancato inserimento di norme economiche nella fattispecie legislative aumenterebbe unicamente il ruolo del vizio di eccesso di potere, vincolato comunque al mero perseguimento della causa tipica dell’azione svolta. Fuori da questo contesto resterebbe mero vizio di merito insindacabile dal giudice amministrativo. Di contro l’inserimento nella norma determinerebbe un vincolo di legge, sanzionabile appunto con il vizio di violazione di legge. In tal senso si veda il Parere del CdS sopra citato nella nota n.37.

Sulla tecnica di costruzione normativa si veda M. BETZU, *Regolare internet, la libertà d’informazione e di comunicazione nell’era digitale*, Giappichelli, 2012, p.50 ss.; l’Autore, riprendendo peraltro quando già sostenuto dal citato F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, ricostruisce la tecnica di redazione di una fattispecie normative distinguendo tre categorie: la prima di carattere meramente descrittivo di un fatto, la seconda (quella in esame) in cui si opera un rinvio alle scienze sociali, giuridiche o economiche, ed una terza costruita attraverso l’inserimento di concetti elastici. L’Autore prosegue affermando che l’interpretazione della norma del secondo tipo deve necessariamente passare attraverso l’esame degli elementi extranormativi all’interno dei loro ambiti.

Non può sfuggire che quanto finora esposto si sposa perfettamente con l'introduzione dell'istituto degli impegni, uno strumento volto a valutare l'efficienza del risultato, e il raggiungimento del benessere dei consumatori.

I principi analizzati in questo capitolo sono testimonianza del fatto che l'istituto degli impegni non è uno strumento avulso dal contesto giuridico in cui si inserisce, ma al contrario è espressione di un fenomeno di cambiamento del *public enforcement*, che vede quale presupposto il decentramento dell'applicazione del diritto antitrust, che applica il principio di proporzionalità e i suoi corollari come parametro per valutare le scelte discrezionali da adottare, e che mira al raggiungimento del buon funzionamento del mercato.

II CAPITOLO

L'introduzione degli impegni: il cambio di paradigma

1. Il reg. n. 1/2003: il cambio di paradigma. – 2. Verso l'applicazione di un approccio economico – 3. Il tradizionale procedimento per l'accertamento delle infrazioni – 4. Gli impegni nel diritto *antitrust* europeo – 3. Gli impegni nel diritto interno – 5. I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

1. Il reg. n. 1/2003: il cambio di paradigma

Il cambio di paradigma già descritto con riguardo ai principi applicati al diritto antitrust europeo, è scolpito nella disciplina riconducibile al reg. n.1/2003 e più in generale nel c.d. “pacchetto modernizzazione”, che riguarda l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato.

Questi ultimi articoli (oggi 101 e 102 TFUE⁴⁰) disciplinano rispettivamente il divieto di intese e di sfruttamento abusivo di una posizione dominante.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 101 del TFUE [1](#). “Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese

Ai sensi dell'art. 101 del TFUE sono nulli gli accordi le pratiche concordate e le associazioni fra imprese che abbiano per oggetto e per effetto la distorsione della concorrenza.

Le intese che concludono le imprese possono trovarsi allo stesso stadio del processo produttivo (intese c.d. orizzontali) oppure in stadi diversi (intese c.d. verticali)⁴¹.

L'art. 102 TFUE vieta alle imprese che godono nel mercato di una posizione dominante – situazione di per sé non illecita – di sfruttare tale posizione. Il precetto, peraltro, individua alcune ipotesi esemplificative di abusi, quali

e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;*
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;*
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;*
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;*
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*

2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:

- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,*
 - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e*
 - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,*
- che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di*
- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;*
 - b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi”*

⁴¹ Per tutti si veda A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, UTET, 2007;

l'imposizione di prezzi di acquisto o di vendita, o la limitazione della produzione.

Il cambio di paradigma di cui è protagonista il Reg. n. 1/2003 ha posto fra gli obiettivi principali il raggiungimento del benessere del consumatore.

Basti vedere le decisioni della Corte di Giustizia e i provvedimenti adottati dalla Commissione; la Corte, infatti, nelle sue pronunce rileva che la funzione della disciplina antitrust è quella di evitare un *“danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione”*⁴².

La Commissione, in modo ancora più incisivo, ha intrapreso una politica antitrust in cui il consumatore assume un ruolo centrale; si veda, ad esempio, la direttiva 2005/29/CE sulle *“pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”* o il report della Direzione Generale della Concorrenza della Commissione Europea, dal titolo *“an economic approach to Article 82”*, di cui si tratterà successivamente.

In siffatto contesto, e grazie anche all'introduzione degli impegni, inizia a prevalere l'adesione degli interpreti del diritto antitrust ad un approccio di tipo economico, a scapito di quello tradizionalmente adottato di tipo meramente formale; in base al predetto approccio economico, infatti, si consente la valutazione su una determinata attività imprenditoriali, basata non soltanto sul rispetto delle regole (antitrust), ma anche e soprattutto sul

⁴² Corte di Giustizia, 17 febbraio 2011, C- 52/09, *TeliaSonera Sverige*.

benessere dei consumatori e sulle effettive ripercussioni sulla struttura del mercato⁴³.

Parallelamente al suddetto processo evolutivo fin qui descritto si deve segnalare, in Europa, un nuovo rapporto tra la tutela della concorrenza e la regolazione del mercato.

Ed invero, se da un lato vi è la tendenza a liberalizzare i mercati e a determinare la fuoriuscita del pubblico dai settori economici, dall'altro lato, invece, sono stati rafforzati i poteri in materia antitrust attribuiti al c.d. "decisore pubblico" (le autorità garanti nazionali), il quale assume, in tal modo, un ruolo preminente per eliminare le distorsioni causate dalle imprese; l'autorità posta a tutela della concorrenza non è più individuata come quel soggetto che commina "a valle" sanzioni (c.d. funzione di *adjudication*), bensì come un soggetto che "a monte" opera una sorta di regolamentazione del mercato (c.d. funzione di *regulation*).

2. Verso l'applicazione di un approccio economico

Siffatte trasformazioni si fondano, per espressa dichiarazione degli artefici del regolamento, su una prospettiva proattiva che si realizza attraverso un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust⁴⁴.

⁴³ Sul contrasto fra l'approccio economico e l'approccio formale si veda cap. II § 2.

⁴⁴ Si veda a tal proposito la prefazione alla XXXIII relazione annuale della politica sulla concorrenza, redatta dal prof. M. MONTI, allora Commissario europeo, responsabile per la politica della concorrenza. In particolare il prof.

In particolare, la prospettiva ora menzionata consiste nell'effettuazione di diagnosi previsionali sugli sviluppi del mercato in un dato settore, e pertanto, applicato alla politica della concorrenza dovrebbe consentire un'adeguata regolazione del mercato, evitandone fughe in avanti.

In concreto, l'approccio economico si realizza attraverso l'attribuzione alle Autorità nazionali di nuovi poteri e nuovi strumenti (si vedano le misure cautelari e gli impegni) in grado di regolare *ex ante* le condotte delle imprese.

L'approccio economico è caratterizzato da tre elementi⁴⁵. Il primo consiste nella valutazione in concreto della condotta dell'impresa e dunque, attraverso un esame che trascende dalla qualificazione formale, e si concentra piuttosto sull'incidenza degli effetti economici sul mercato.

Il secondo attiene alla valutazione degli effetti della condotta sul benessere dei consumatori (se hanno inciso e in che termini positivi/negativi). Come già, infatti, si è visto negli ultimi anni la concorrenza ha assunto un ruolo dinamico teso al raggiungimento del benessere dei consumatori.

Ove si riscontrasse una riduzione del benessere dei consumatori, allora si dovrebbe valutare il terzo elemento,

Monti dichiara espressamente :*“In questi anni la maggior parte dei nostri sforzi si è concentrata sull'accentuazione del carattere proattivo del processo decisionale della politica di concorrenza comunitaria”* e ancora *“Ho nominato un capo economista per le questioni di concorrenza che possa fornire la sua consulenza sugli aspetti economici di tutti i casi che si propongono. Egli non solo è un rinomato economista industriale, ma è affiancato da una squadra di economisti di altissimo livello specializzati in economia industriale. La sua entrata in carica ed il lavoro suo e dei suoi collaboratori favoriranno il radicamento dell'approccio economico che stiamo applicando alla politica di concorrenza in tutta la direzione generale”*.

⁴⁵ Sulla tripartizione dell'approccio economico F. DENOZZA A. TOFFOLETTO., *Contro l'utilizzazione dell'“approccio economico” nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n.3, dicembre 2006

ovvero se la condotta supposta illecita possa essere interpretata in termini di efficienza. Ovvero se da un esame costi/benefici la condotta può risultare comunque favorevole per il mercato.

In altri termini, ciò che si intende individuare mediante l'utilizzo di siffatto approccio è la valutazione economica degli effetti delle condotte delle imprese⁴⁶.

In questi termini si è altresì espresso un report della Direzione Generale della Concorrenza della Commissione Europea, dal titolo "*an economic approach to Article 82*⁴⁷", in cui segnatamente per le pratiche di sfruttamento abusivo di una posizione dominante indica il motivo per cui un approccio "*effects-based*" sia più efficiente del "*form-based*".

Nell'incipit del report si chiarisce che l'utilizzo dell'approccio economico consente appunto il raggiungimento del benessere dei consumatori in modo più efficiente, atteso che, a dire dello stesso report, il benessere dei consumatori è lo scopo ultimo della politica della concorrenza.

Si specifica, inoltre, che l'utilizzo del suddetto approccio evita che le imprese possano aggirare con astuzia le leggi, adottando comunque una condotta anticoncorrenziale.

Quest'ultimo aspetto risulta il vero *punctum pruriens* dell'approccio economico. Ed invero, i sostenitori dell'approccio formale criticano aspramente l'incuranza del rispetto del dettato normativo che andrebbe a minare la

⁴⁶ In tal senso M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1 aprile 2007;

⁴⁷ J. GUAL, M. HELLWIG, A. PERROT, M. POLO, P. KEY, K. SCHMIDT, R. STEMBACKA, *An economic approach to Article 82*, Report for Dg Competition, European Commission, 2005;

certezza del diritto; essi, invero, ritengono che per quanto possa essere manipolata una disposizione normativa, non è comunque possibile disattenderne il precetto, sol perchè non produce gli effetti anticoncorrenziali⁴⁸.

Un'altra critica dei sostenitori dell'approccio formale si incentra sul benessere dei consumatori.

Si sostiene, infatti, che il bene giuridico da tutelare in una norma non lo individua un interprete, ma dovrebbe essere immanente al precetto, ed in ogni caso, aggiungono che la mancata lesione del bene protetto non implica la non applicazione della norma, qualora tutti gli elementi della fattispecie siano presenti.

Essi, infine, concludono sostenendo che al più l'approccio economico può essere utilizzato come un invito ad interpretare la presenza dei presupposti richiesti dalla norma in relazione agli effetti che le condotte delle imprese producono.

A siffatte obiezioni i sostenitori dell'approccio economico hanno risposto assumendo che le pratiche utilizzate dalle imprese sono talmente etoregenee da renderne impossibile una classificazione esauriente prodotta ex ante, tale da consentire una valutazione sulla liceità di una condotta.

Ciò sembrerebbe dimostrato anche dai termini utilizzati dal legislatore per la costruzione delle fattispecie vietate

⁴⁸ F. DENOZZA A. TOFFOLETTO., *Contro l'utilizzazione dell'approccio economico nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n.3, dicembre 2006; F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

(101 e 102 TFUE) che non consentono una chiara delimitazione delle fattispecie (si veda ad esempio il termine accordo, pratica concordata, sfruttamento abusivo).

A ciò dunque dovrebbe soccorrere una valutazione che tenga conto degli effetti a valle, per delimitare le pratiche da considerare scorrette; effetti, parametrati sul surplus dei consumatori e non sul processo concorrenziale⁴⁹.

L'applicazione dell'approccio economico, a dire dei sostenitori, non determinerebbe una valutazione caso per caso, bensì una valutazione basata su diversi modelli teorici elaborati dall'analisi economica che dovrebbero consentire l'accertamento o meno dell'illiceità della condotta.

Ed invero, non si può negare che la disciplina antitrust regoli dinamiche di matrice economica. Escludere tout court l'argomento economico dalla lettura delle norme porterebbe ad un formalismo vuoto⁵⁰.

E' evidente come nella disciplina antitrust siano, infatti, presenti termini che traggono la loro origine nella scienza economica come ad esempio "*sfruttamento abusivo (...) di una posizione dominante sul mercato*" o "*pregiudizievole al commercio*". I significati di entrambi i concetti vanno innanzitutto ricercati nella scienza economica e poi inseriti nell'ordinamento. In siffatti termini è possibile parlare di approccio economico.

Le disposizioni normative descrivono la realtà, le disposizioni antitrust disciplinano il mercato e, dunque,

⁴⁹ M. POLO, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1 aprile 2007.

⁵⁰ In tal senso R. PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato concorrenza regole*, n.1 aprile 2007;

non sembra poter prescindere dalle regole poste dal mercato stesso. Le difficoltà di interazione fra diritto ed economia non possono determinare l'eliminazione di uno dei due fattori.

Se da un lato, non è possibile accettare una tesi radicalmente formalista che interpreti gli elementi della fattispecie antitrust come monadi avulse dalle scienze economiche, non è possibile dall'altro lato accettare l'argomentazione opposta, che pretende di valutare le pratiche anticoncorrenziali mediante gli effetti prodotti sui consumatori, bypassando le norme giuridiche poste dal legislatore.

A mio avviso, in un ordinamento giuridico in cui vige il principio di legalità l'approccio economico per essere adottato deve rinvenirsi nelle norme giuridiche, e ciò avviene attraverso due passaggi: una costruzione della fattispecie mediante l'introduzione di elementi extra-normativi di origine economica e la successiva interpretazione degli stessi sulla base delle scienze economiche tenendo al contempo conto dei limiti posti dall'ordinamento in cui sono inseriti.

Al fine di rendere più chiaro quanto sopra esposto è possibile riprodurre quanto appena sostenuto mediante il procedimento di logica formale dell'inferenza deduttiva, tanto utilizzata dai formalisti, ma utile anche a dimostrare la possibile convergenza con l'approccio economico.

La produzione degli effetti di una norma giuridica può essere costruita attraverso il sillogismo fatto-norma-effetto, qualora le due premesse, ovvero il fatto e la norma siano

note; nella disciplina antitrust, dunque, una volta conosciuta la pratica ritenuta anticoncorrenziale (fatto), occorre verificare la violazione di un precetto violato(norma) sicchè l'effetto corrisponda alla conseguenza derivate dall'applicazione della norma⁵¹.

In altri termini, qualora il fatto sia sussumibile nella norma, l'effetto si produce.

Se nella fattispecie normativa, dunque, vi si inseriscono elementi extra-normativi derivanti dalla scienza economica, allora la fattispecie concreta sarà sussumibile soltanto nell'ipotesi in cui corrisponda interamente (inclusi gli elementi economici) alla fattispecie astratta.

Al fine di realizzare quanto sostenuto, risulta fondamentale valutare le funzioni attribuite alla Commissione e alle Autorità nazionali.

Un controllo operato in linea con l'approccio economico non può avvenire mediante la tradizionale funzione sanzionatoria, attribuita alle Autorità. Essa infatti determina soltanto un mero potere di sanzionare una condotta, senza poter porre alcuna valutazione sugli effetti della condotta.

I maggiori poteri, necessari per attuare l'approccio economico sembrerebbero essere stati attribuiti con il descritto cambio di paradigma intervenuto con il reg. 1/2003.

⁵¹ Per l'utilizzo delle inferenze deduttive nell'interpretazione si veda F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

In dottrina è stata individuata una nuova funzione c.d. regolatoria⁵²; funzione che, dunque, non opera soltanto a valle per comminare sanzioni, ma opera a monte per evitare o ridurre le distorsioni del mercato.

3. Il tradizionale procedimento per l'accertamento delle infrazioni

Grazie all'introduzione del reg. n. 1/2003, i procedimenti di accertamento di un illecito anticoncorrenziale possono avere nuovi e differenti esiti.

In altri termini, il *public enforcement* è stato arricchito e differenziato in base agli effetti che produce nel mercato concorrenziale: il procedimento di accertamento d'infrazione può, infatti, concludersi con il mancato accertamento di un'infrazione, con l'accertamento della stessa e le conseguenziale sanzioni comminate, ed infine, può risolversi con la conclusione di un impegno ex art. 9.

Innanzitutto occorre sinteticamente ricordare le attività suscettibili di distorcere la concorrenza; esse sono enucleabili in tre diverse categorie: le intese (art. 101 TFUE), lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante (art. 102 TFUE⁵³) ed infine le concentrazioni che tuttavia

⁵² A. PILATI, *Il cambio di paradigma antitrust dopo il 2003*, cit.; M. Libertini, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit.; v. amplius nei prossimi paragrafi.

⁵³ Ai sensi dell'art. 102 TFUE “È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;

trovano una peculiare disciplina nel regolamento n3/2004 che non è possibile analizzare in questa sede.

La procedura formale per l'accertamento delle predette infrazioni è contenuta, come già detto, nel Regolamento n. 1/2003.

Preliminarmente, occorre osservare che ai sensi dell'art. 1 dell'accennato Regolamento le violazioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE sono nulle, e pertanto, un eventuale accertamento della Commissione avrà valore dichiarativo: verrà accertata una situazione già esistente⁵⁴.

In forza dell'art. 7 il procedimento di accertamento può essere aperto d'ufficio dalla Commissione o su istanza di uno Stato membro o di un singolo (persona fisica o giuridica), mediante un esposto-denuncia presentato alla Commissione; quest'ultima esamina i documenti ricevuti e può procedere oppure concludere il procedimento con un atto di rigetto, in cui indica nella motivazione l'assenza di un interesse comunitario a procedere⁵⁵.

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;

d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi"

⁵⁴ Si veda l'art. 1 del Reg. n. 1 /2003 ai sensi del quale "1. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

2. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

3. Lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 82 del trattato è vietato senza che occorra una previa decisione in tal senso".

⁵⁵ Sul procedimento di accertamento di un'infrazione si veda G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2010, p. 708 ss.;

Il rigetto, pertanto, può anche paventarsi qualora l'infrazione abbia un interesse prettamente nazionale (art. 9 Reg. 773/2004) oppure un'Autorità nazionale stia già trattando la fattispecie (art. 13 reg. 1/2003).

Diversamente, nell'ipotesi in cui la Commissione ritenga opportuno procedere, si apre la fase formale della procedura mediante l'invio alle imprese di un c.d. addebito formale (art. 10 reg. 773/2004). Siffatto addebito, nel delimitare il *petitum* della controversia, deve indicare le ragioni di fatto e le questioni giuridiche per cui si procede, nonché l'eventuale ammenda che si potrebbe comminare.

In questa fase del procedimento è prevista una forte partecipazione delle imprese oggetto di indagini, le quali hanno la possibilità di presentare memorie scritte e di richiedere un'audizione.

E' inoltre prevista l'individuazione di un soggetto il c.d. Consigliere-auditore con cui le imprese possono interloquire; esso è caratterizzato dall'indipendenza in quanto legato direttamente al Commissario alla concorrenza⁵⁶.

Durante la fase istruttoria la Commissione gode di ampi poteri di informazione e di ispezioni, poteri rafforzati dall'introduzione del regolamento del 2003.

Conclusosi la predetta fase, come già accennato all'inizio del presente paragrafo, la Commissione può assumere diverse decisioni (artt. 4 e 5⁵⁷): ritenere di non dover

⁵⁶ Si veda a tal proposito la Decisione della Commissione del 23.5.2001 in ordine a certi mandati in materia antitrust.

⁵⁷ Ai sensi del combinato disposto dell'art. 4 e 5 del Reg. 1/2003, la Commissione e le Autorità garanti

procedere, accertare e contestualmente ordinare la neutralizzazione dell'illecito, comminare ammende, disporre misure cautelari, ed infine, accettare la proposta di impegni.

Per quanto concerne le prime due ipotesi si rileva che gli artt. 10 e 7 del reg. 1/2003 individuano rispettivamente le ipotesi in cui la Commissione dichiara inapplicabile la disciplina e le ipotesi in cui, invece, ne constata l'applicazione⁵⁸.

La prima ipotesi prevede che la Commissione dichiari inapplicabile quanto previsto dagli artt. 101 e 102, qualora tenuto conto dell'interesse pubblico comunitario, non siano

della concorrenza degli Stati membri *“sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato in casi individuali. A tal fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, possono adottare le seguenti decisioni:*

- *ordinare la cessazione di un'infrazione,*
- *disporre misure cautelari,*
- *accettare impegni,*
- *comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale.*

Qualora, in base alle informazioni di cui dispongono, non sussistono le condizioni per un divieto, possono anche decidere di non avere motivo di intervenire”.

⁵⁸ Si vedano l'art. 10 ai sensi del quale *“Per ragioni di interesse pubblico comunitario relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione, d'ufficio, può stabilire mediante decisione che l'articolo 81 del trattato è inapplicabile a un accordo, a una decisione di un'associazione di imprese o a una pratica concordata, o perché le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non sono soddisfatte, o perché sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. La Commissione può effettuare una tale constatazione anche in relazione all'articolo 82 del trattato”.* E l'art. 7 che invece prevede: *“1. Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata.*

2. Possono presentare una denuncia ai sensi del paragrafo 1 le persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse e gli Stati membri”.

presenti tutti i presupposti necessari per la sussunzione della fattispecie concreta nella astratta, oppure qualora la fattispecie ricada nelle esenzioni di cui all'art. 101 par. 3 TFUE.

La seconda norma (art.7), invece, individua i poteri della Commissione qualora sia stata accertata l'infrazione.

Essa può ordinare la cessazione immediata delle condotte distorsive imponendo anche delle modifiche comportamentali o strutturali tese a riportare la concorrenza alla situazione *quo ante*.

Si precisa, peraltro, che in costanza di interesse comunitario si può procedere all'accertamento e alla sanzione di un'infrazione già cessata. Il capo VI del regolamento del 2003 intitolato "sanzioni" individua agli artt. 23 e 24 le sanzioni e le penalità di mora da applicare alle imprese ritenute responsabili di condotte illecite.

4. Gli impegni nel diritto antitrust europeo:

a) analisi testuale dell'art. 9 reg. 1/2003

Del tutto peculiare e nuovo rispetto alla previgente disciplina è l'istituto degli impegni; come già accennato, il suddetto istituto consiste in un accordo tra una o più imprese e la Commissione in forza del quale le prime si impegnano a cessare e/o a compiere determinate condotte al fine di fugare il dubbio di una condotta anticoncorrenziale.

Siffatto accordo consente dunque, da un lato, a non giungere all' accertamento dell'illecito, e dall'altro lato, a evitare - mediante la previsione di oneri in capo alle imprese - la distorsione del mercato.

Innanzitutto, occorre analizzare il dato testuale (art. 9 reg. 1/2003⁵⁹), così da collocarlo sistematicamente nel *public enforcement*.

Ebbene, mutuando la terminologia del diritto amministrativo italiano, si può sostenere che il procedimento degli impegni è da collocarsi fra i procedimenti "ad istanza di parte".

Il primo presupposto, dunque, è che *"le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare"*.

Dall'enunciato appena riportato, emerge, altresì, che l'impresa propone l'istanza di parte qualora la Commissione abbia già manifestato delle "preoccupazioni".

Risulta chiaro che le preoccupazioni derivanti da una valutazione preliminare della Commissione non possano che emergere all'interno di un procedimento già incardinato, verosimilmente in una fase istruttoria, tipica

⁵⁹ Si veda il testo dell'art. 9 reg. 1/2003: "1. Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato.

2. La Commissione, su domanda o d'ufficio, può riaprire il procedimento:

a) se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione;

b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; oppure

c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti".

fase in cui la partecipazione del privato è molto attiva, ed in cui iniziano ad emergere ancorchè preliminarmente, dei fatti che facciano propendere per la verifica di un'infrazione.

Parte della dottrina ritiene che per la presentazione della proposta non serva il ricevimento di un addebito formale, ma che sia sufficiente la pubblicità dell'istruttoria sul sito internet della Commissione⁶⁰.

Ed invero, il vocabolo "preoccupazione" che di per sé potrebbe risultare vago ed indeterminato, dotato di un'accezione soggettiva di carattere interiore e, pertanto, collegato alle emozioni di un singolo individuo, non può che di contro ricollegarsi, al fine di dotarlo di un'accezione oggettiva e precisa, all'analisi della fattispecie effettuata (in fase istruttoria) sulla base delle scienze economiche che regolano il mercato.

Proprio in questa fase emerge in modo nitido l'ingresso delle scienze economiche per l'interpretazione del diritto antitrust.

Le norme giuridiche non sono altro che enunciati linguistici che regolano la realtà fenomenica, e pertanto come già chiarito, al fine di interpretare correttamente i casi concreti è necessario rimandare attraverso la norma giuridica alle scienze economiche proprie della concorrenza.

L'incardinamento di un procedimento è peraltro confermato dall'incipit della disposizione ai sensi della quale *"qualora intenda adottare una decisione volta a far*

⁶⁰ G. SEPE, *La decisione con impegni, sub art.9, in Codice Commentato della concorrenza e del mercato*, A. CATRICALÀ P. TROIANO (a cura di);

cessare un'infrazione (...), la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese”.

Ebbene, da questo enunciato sembra chiaro che la decisione con impegni sia tesa ad eliminare un'infrazione, non attraverso la formale adozione di una sanzione, bensì attraverso l'adozione da parte delle imprese di condotte e di atti tali da eliminare la distorsione della concorrenza.

Per quanto concerne il contenuto degli impegni, si rileva che la norma espressamente sancisce uno stretto nesso tra l'impegno e l'eliminazione delle conseguenze dannose per il mercato, e dunque, che l'intervento della Commissione non risulti più giustificato (*“la decisione (...) giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato”*).

In altri termini, qualora la Commissione ritenga di dover dichiarare la presenza di un'infrazione allora accerterà l'illecito e comminerà una sanzione; diversamente potrà invece concludere un accordo tale per cui l'impresa elimini l'infrazione, sì da far risultare la sanzione ingiustificata.

Non si precisa se il contenuto dell'impegno debba evitare qualsiasi infrazione o soltanto quella che desta preoccupazioni alla Commissione. Dal dato testuale e dal Considerando n. 22 sembrerebbe ritenersi più idonea la seconda tesi⁶¹.

Ed infatti, l'enunciato linguistico *“non è più giustificato”* sembra infatti pensare che allo stato degli atti l'intervento

⁶¹ Il Considerando n. 22 lascia impregiudicata la possibilità da parte del potere giurisdizionale e delle Autorità interne di applicare gli artt. 101 e 102 del Trattato, in particolare assume che *“Le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 81 e 82 del trattato”*.

della Commissione sia giustificato per quella specifica preoccupazione, ma il contenuto degli impegni – eliminandola – faccia venir meno una giustificazione all'intervento.

Siffatto potere, con ampio margine discrezionale, è tuttavia ristretto dal Considerando n.13 in cui si precisa che la conclusione dell'impegno non è opportuno qualora la Commissione intenda comminare una sanzione.⁶²

Occorre, dunque, qualificare quali siano siffatti casi per cui non risulti opportuno concludere un impegno.

Nel MEMO/04/217 del 17 settembre 2004, la Commissione ha considerato illeciti gravi, e dunque, illeciti che non possono essere risolti tramite impegni, le c.d. intese *hardcore*; si tratta di intese che fissano il livello dei prezzi o determinano la ripartizione di un mercato⁶³.

Il siffatto divieto si fonda su un'analisi economica, analisi che ha accertato il danno effettivo che il benessere dei

⁶² Si veda a tal proposito il testo del Considerando n. 13 del Reg. 1/2003: *“Qualora, nel corso di un procedimento che potrebbe portare a vietare un accordo o pratica concordata, le imprese propongano alla Commissione degli impegni tali da rispondere alle sue preoccupazioni, la Commissione, mediante decisione, dovrebbe poter rendere detti impegni obbligatori per le imprese interessate. Le decisioni concernenti gli impegni dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione. Le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione. Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda”*.

⁶³ Oltre al citato MEMO/04/17 che ha indicato le intese *hardcore* quale limite alla conclusione degli impegni, occorre rilevare che le suddette intese sono da sempre le più osteggiate. Si pensi a che nel 2003 il Commissario europea per la concorrenza M. MONTI in *Fighting cartels. Why or how? Why should we concerned with cartels and collusive behavior? In third Nordic Competition Policy Conference- September 2000, in www. Europa. Eu/rapid/star* le definiva *“un cancro dell'economia di mercato aperta”*;

consumatori subisce a causa della fissazione dei prezzi realizzata al di fuori della dinamica concorrenziale⁶⁴.

Perimetrato l'ambito in cui può concludersi un impegno, occorre delimitare l'arco temporale entro cui è possibile concluderlo.

Un aspetto, infatti, che risulta complesso da risolvere è l'identificazione del termine ultimo per concludere un accordo. La disciplina è piuttosto scarna e, pertanto, l'individuazione del termine ultimo risulta ampiamente discrezionale.

Parte della dottrina assume che sia necessaria la comunicazione degli addebiti; dal dato testuale, come sopra accennato, sembra invece emergere che la "*valutazione preliminare*" richiesta dal regolamento del 2003 non si debba identificare con gli addebiti formali⁶⁵.

A ciò si aggiunga che il Reg. 773/2004 nell'indicare il termine ultimo entro il quale la Commissione può intraprendere un procedimento antitrust per presunta violazione fa riferimento alla "*data in cui ha espresso la valutazione preliminare di cui all'art. 9, par.1, di detto*

⁶⁴ Per una visione della tutela della concorrenza, intesa come funzionale al benessere dei consumatori secondo un approccio economico si veda G. BRUZZONE- M. BOCCACCIO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, in *Il diritto dei consumatori nella crisi e prospettive evolutive del sistema di tutela*, in www.agcm.it;

⁶⁵ A favore di una sostanziale coincidenza fra gli addebiti formali e le valutazioni preliminari si veda J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 347; di contro WILS W., *Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under article 9 of Regulation no. 1/2003*, in *World Competition*, 2006, p. 353 nonché BOCCACCIO SALA, *La modernizzazione del diritto antitrust. La decisione con impegni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, p. 293 propendono per la tesi secondo la quale la conclusione degli impegni sia temporalmente sganciato dalla comunicazione degli addebiti.

regolamento (reg. 1/2003) o ha emesso la comunicazione degli addebiti (...)”, distinguendone implicitamente i contenuti.

Acclarata la differenza dei due atti, occorre, tuttavia, precisare che le preoccupazioni della Commissione si traducono anch'esse in un atto formale, ancorchè più snello, in cui emergono i tratti che fanno presumere una condotta anticoncorrenziale.

Occorre ricordare che l'atto prodotto dalla Commissione non deve considerarsi alla stregua di una istanza di conclusione dell'impegno, atteso che come già esposto soltanto le imprese la possono richiedere, ma al più come una sollecitazione.

Inoltre la richiesta di conclusione di un impegno può essere posta indipendentemente dalla ricezione delle valutazioni preliminari, qualora le imprese siano venute comunque a conoscenza di un'istruttoria a loro carico.

Una volta che la Commissione ritenga di poter concludere un impegno – in quanto le proposte delle imprese risultano in astratto idonee a far cessare le preoccupazioni anticoncorrenziali – è tenuta ex art. 27 Reg. 1/2003 a pubblicare una breve disamina della fattispecie e degli impegni che si intendono assumere affinché, entro un termine fissato, chiunque sia interessato possa presentare delle osservazioni, i c.d. *market test*⁶⁶.

⁶⁶ Si veda a tal proposito art. 27 par 4, Reg. n. 1/2003 ai sensi del quale “*La Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi degli articoli 9 o 10, pubblica un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta. I terzi interessati possono presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all'atto della pubblicazione e che non può essere inferiore a un mese. La pubblicazione deve tener conto del legittimo interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali*”.

Infine la Commissione, sentiti il comitato consultivo (art. 14 Reg. n.1/2003) ed in consigliere auditore, emette un provvedimento finale vincolante pubblicato sul sito internet e per estratto nella GUCE.

Elemento fondamentale e di novità rispetto al passato è la natura vincolante del provvedimento finale, nonché la possibilità di limitare nel tempo gli effetti dell'impegno.

Precedentemente, come sopra accennato, da un punto di vista positivo, la disciplina degli impegni non esisteva; tuttavia nella prassi era già diffusa,⁶⁷ con forti perplessità circa la natura vincolante, perplessità oggi del tutto svanite⁶⁸ grazie all'espressa menzione nel dato testuale.

Si rileva, peraltro, che nel caso in cui le impresa violino gli impegni assunti è prevista dagli artt. 23 e 24 del Reg. 1/2003 la comminazione di ammende idonee ad essere parificate a quelle previste per l'accertamento delle infrazioni⁶⁹.

⁶⁷ Si veda Corte di Giustizia, *Philip Morris*, Causa dell' 11.11.1987, C-142 e 156/84 par 23 in cui si assume che *"Il procedimento amministrativo rappresenta fra l'altro, l'occasione per le imprese interessate per adeguare gli accordi o le pratiche criticate alle norme del Trattato. Questa possibilità presuppone il diritto delle imprese e della Commissione di intavolare negoziati riservati onde determinare le modifiche che possono far venir meno gli addebiti della Commissione stessa"*; si veda altresì la sentenza del Tribunale di primo grado, Terza sezione ampliata del 16 settembre 1998 causa T-110/95, *International Express Carriers Conference (IECC) c. Commissione delle Comunità Europee*; anche regolamento disciplinante le concentrazioni prevedeva già un istituto simile artt. 6 e 8 del reg. reg. 4064/89, oggi trasfusi nel reg. 139/2004;

⁶⁸ M. LIBERTINI, *Le decisioni di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust, misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, F. CINTIOLI G. OLIVIERI (a cura di), Giuffrè, p. 14.

⁶⁹ Si veda l'art. 23 par 2 Reg. 1/2003 2. *"La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza:*

a) commettono un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato; oppure

b) contravvengono a una decisione che disponga misure cautelati ai sensi dell'articolo 8; oppure

La stabilità delle decisioni con impegni è peraltro confermata dalle limitate ipotesi in cui la Commissione o le parti possono, rispettivamente, rivalutare o chiedere una rivalutazione.

Ed invero alla prima fase sopra esposta, ne può succedere una seconda, prevista dal paragrafo due del medesimo art. 9.

La suddetta fase (art. 9 par.2) può essere proposta o su istanza di parte, o d'ufficio dalla Commissione, qualora: 1) vi sia una *“modifica della situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione”*, 2) *“le imprese interessate contravvengano agli impegni assunti”*, 3) *“se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete inesatte o fuorvianti”*.

Le suddette ipotesi di carattere tassativo, possono condurre a diversi esiti. In primo luogo, la Commissione può accertarne la violazione ed inibire la prosecuzione dell'infrazione e contestualmente comminare una sanzione pecuniaria. Si ritiene che possa, altresì, concludere un

c) non rispettano un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'articolo 9.”; nonché l'art. 24 par. 1 del medesimo regolamento: “La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese e associazioni di imprese penalità dimora il cui importo può giungere fino al 5 % del fatturato medio giornaliero realizzato durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle:

a) a porre fine a un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato conformemente a una decisione adottata in applicazione dell'articolo 7;

b) a rispettare una decisione che dispone provvedimenti provvisori in applicazione dell'articolo 8;

c) a rispettare un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'articolo 9;

d) a fornire in maniera completa ed esatta un'informazione richiesta mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 17 o dell'articolo 18, paragrafo 3;

e) a sottoporsi agli accertamenti che essa ha ordinato mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4”.

nuovo impegno derivante dalle nuove circostanze manifestatosi.

Si discute, invece, se si possa comminare una sanzione pecuniaria derivante dalla violazione della concorrenza per la quale in prima istanza si era deciso di concludere un impegno. Parte della dottrina ritiene che ciò non sia possibile, in quanto la Commissione nel valutare inizialmente la condotta dell'impresa non aveva ritenuto opportuno l'accertamento dell'infrazione⁷⁰.

Tuttavia, a ciò si potrebbe ribattere che il mancato accertamento non è più "giustificato" in quanto l'impegno non era più tale da eliminare le preoccupazioni della Commissione; nel momento in cui l'impegno per una delle tre ipotesi sopra prospettate non risulta più efficace, allora la giustificazione dovrebbe venire meno, e si dovrebbe potere riesaminare l'infrazione iniziale con una possibile comminazione della sanzione.

Descritta la disciplina degli impegni, emerge ancora più chiaramente ciò che nei paragrafi precedenti è stato definito come il cambio di paradigma intervenuto con l'approvazione del reg. n. 1/2003.

E' stato osservato, infatti, che il suddetto istituto è espressione di un nuovo approccio alla tutela della concorrenza tale per cui nel reg. 17/62 un tale strumento

⁷⁰ G. SEPE, *La decisione con impegni, sub art.9, in Codice Commentato della concorrenza e del mercato, cit.*; W. WILS, *Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under article 9 of Regulation no. 1/2003, in World Competition, 2006.*

non sarebbe potuto essere introdotto a meno di snaturarne la *ratio*⁷¹.

Il reg. n. 17/62 di impostazione tedesca, prevedeva come unica alternativa l'accertamento o meno dell'illecito, escludendo in radice la possibilità di intavolare trattative con i privati⁷².

Da ciò si evince che l'istituto degli impegni non può essere, in alcun modo, accostato a quanto previsto dall'art. 2 del previgente regolamento n. 17/62 in cui si prevedeva che *«la Commissione può accertare, su domanda delle imprese e associazioni di imprese interessate, che, in base agli elementi a sua conoscenza, essa non ha motivo di intervenire a norma dell'art. 85, paragrafo 1 o dell'art. 86 del trattato, nei riguardi di un determinato accordo, decisione o pratica»*.

Il mancato intervento, in queste ipotesi, consiste infatti nel mancato riscontro di una fattispecie distorsiva, sicchè la Commissione accertando la liceità delle condotte non vi applica sanzioni.

b) Contenuto ed effetti degli impegni sul mercato

⁷¹ PACE L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 301 ss.

⁷² Riguardo a ciò è bene ricordare che l'art. 3 del previgente regolamento prevedeva, come massimo rapporto fra Commissione e imprese, la possibilità per l'istituzione europea di *“rivolgere alle imprese ed alle associazioni di imprese delle raccomandazioni dirette a far cessare l'infrazione”*.

Da quanto esposto finora, sembrerebbe emergere un'astratta fungibilità tra l'accertamento dell'infrazione e la conclusione dell'impegno⁷³.

Dall'analisi che ci si appresta a compiere risulterà chiaro che fra le due opzioni apparentemente fungibili appena sopra riportate, quella della conclusione degli impegni produce diversi effetti favorevoli sia per le imprese, ma anche per la stessa Commissione, con ricadute sul mercato.

Ebbene, come già descritto, il presupposto per giungere alla conclusione di un impegno è l'istanza di parte nonché *"a systematic bias"*, ovvero le "preoccupazioni" della Commissione⁷⁴. La scelta delle imprese di richiedere liberamente la conclusione di un accordo con la Commissione deriva dagli effetti favorevoli che si producono: il mancato accertamento dell'infrazione ed il conseguenziale contenuto dell'impegno, "contrattato" con l'Autorità.

Al fine di analizzare gli effetti favorevoli che si producono, occorre partire dai tipi di contenuti che si ritengono idonei per eliminare le "preoccupazioni".

Secondo il MEMO 04/217 il contenuto degli impegni può essere di tipo strutturale o comportamentale.

⁷³ W. WILS, *Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under article 9 of Regulation no. 1/2003*, in *World Competition*, 2006, p.351; Si veda a tal proposito la Press release del 17/9/2004, MEMO/04/217, in cui la Commissione dichiara: *"while the addressee of a commitment decision does not receive a prohibition decision, with the consequent negative publicity, for a violation of the antitrust rules, neither does it get the Commission's blessing, the commitment decision being a substitute for a prohibition decision and not for an exemption decision"*.

⁷⁴ W. WILS, *Settlements of EU antitrust investigations: commitment decisions under article 9 of Regulation no. 1/2003* cit., p. 354: *"the undertakings concerned will thus have a systematic bias in favour of commitment decisions rather than infringement decisions"*.

L'opzione di un rimedio strutturale è considerato generalmente più penetrante nell'attività di un'impresa rispetto a quello comportamentale, e può essere chiesto, qualora quest'ultimo non sia idoneo, oppure risulti – per quel caso specifico – più gravoso.

Quanto appena affermato è mutuato dall'art. 7 del Reg. n. 1/2003 in tema di “constatazione ed eliminazione delle infrazioni” ai sensi del quale *“Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale (..)”*. Peraltro, in forza dell'art. 12 del medesimo regolamento una modifica strutturale è giustificata soltanto dal perdurante rischio o dalla reiterazione della condotta.

La scelta di un tipo di rimedio in luogo dell'altro sembrerebbe regolato dal principio di proporzionalità.

L'applicazione del principio di proporzionalità è, come già esposto, peraltro uno dei principi guida del diritto antitrust.

Il suddetto principio, dunque, dovrebbe essere calibrato sulla base delle conoscenze della Commissione al momento

dell'accordo e non sull'eventuale successiva diffida che scaturirebbe da una conoscenza che sarebbe più penetrante rispetto alle semplici "preoccupazioni"⁷⁵.

Lo scopo della conclusione degli impegni sarebbe, dunque, esclusivamente quello di eliminare il dubbio su una distorsione del mercato. A tal riguardo la Commissione dunque è tenuta a *"dimostrare l'effettività delle preoccupazioni concorrenziali"*; ciò avviene attraverso un'analisi di mercato e una identificazione dell'infrazione, ancorchè meno intensa di quella realizzata per l'accertamento dell'illecito, ma comunque necessaria per poi valutare in sede giurisdizionale i caratteri dell'idoneità e della necessità⁷⁶.

⁷⁵ Si veda in tal senso la pronuncia *Alrosa*, , che al paragrafo n. 99 precisa che *"Il controllo della proporzionalità di una misura è pertanto un controllo oggettivo, poiché l'idoneità e la necessità della Decisione impugnata debbono essere valutate rispetto allo scopo perseguito dall'istituzione. Per le decisioni adottate in applicazione dell'art. 7 del regolamento n. 1/2003, lo scopo è di porre termine all'infrazione accertata; per quelle adottate in applicazione dell'art. 9 del medesimo regolamento, lo scopo è di rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nell'ambito della valutazione preliminare, le quali giustificano che essa preveda l'adozione di una decisione che disponga la cessazione di un'infrazione"*.

⁷⁶ Nella sentenza di primo grado del caso *Alrosa*, già citata, il Tribunale conclude dichiarando l'assenza dei requisiti di idoneità e necessità di concludere un impegno in quei termini, si veda a tal proposito il par. 126: *"Ad ogni modo, il Tribunale rileva che la Decisione è affetta da errore di valutazione, il quale è oltretutto manifesto. Dalle circostanze del caso di specie risulta infatti chiaramente che erano possibili altre soluzioni meno restrittive del divieto permanente di operazioni commerciali tra la De Beers e la Alrosa per conseguire lo scopo prefisso dalla Decisione, che la loro determinazione non presentava difficoltà tecniche particolari e che la Commissione non poteva dispensarsi dall'esaminarle"*. Ed ancora nei successivi par 131 e 132: *"Tuttavia, il rispetto del principio di proporzionalità esige che l'istituzione, qualora esistano misure meno restrittive di quelle che intende rendere obbligatorie, e siano ad essa note, esamini la loro idoneità a rispondere alle preoccupazioni che giustificano la sua azione, prima di optare, qualora esse dovessero rivelarsi all'uopo inadeguate, per la formula più restrittiva. Gli impegni congiunti proposti nel dicembre 2004 dalla De Beers e dalla Alrosa, che la Commissione non aveva certo l'obbligo procedurale di prendere in considerazione, né nella decisione né nella motivazione, costituivano ciò nondimeno una misura meno restrittiva di quella che ha deciso di rendere obbligatoria e il cui esame è a tale proposito rilevante per quanto riguarda il controllo di proporzionalità"*.

Tuttavia, il ruolo da attribuire a siffatto principio, è stata oggetto di un forte contrasto nella giurisprudenza europea, come già esposto nel capitolo precedente.

Delineati i criteri di valutazione degli impegni, occorre individuarne gli effetti favorevoli e non che ne scaturiscono.

Per quanto concerne gli effetti favorevoli si rileva, innanzitutto, la possibilità per le imprese di non subire un danno di immagine, aspetto fondamentale all'interno di un mercato concorrenziale; inoltre, e di carattere tutt'altro che indifferente, la conclusione dell'impegno impedisce che i terzi danneggiati dalle condotte delle imprese godano dell'accertamento dell'infrazione, fondamentale in sede civile per l'ottenimento di un risarcimento del danno.

Quest'ultimo vantaggio per le imprese è stato oggetto di ampio dibattito, e non è possibile in questa sede darne adeguato conto.

Ciò che è possibile considerare è che il mancato accertamento formale non attribuisce al privato un atto presupposto, ritenuto vincolante in sede civile per l'ottenimento del risarcimento del danno da parte dei terzi. Tuttavia, sia in ambito europeo che interno si ritiene che la conclusione di un impegno manifesti di per sé uno stato di criticità concorrenziale atto ad assumere valore indiziario in sede civile⁷⁷.

Ed invero, è lo stesso Considerando n. 13 del Reg. n. 1/2003 che precisa che la conclusione degli impegni non giunge *“alla conclusione dell'eventuale sussistere o*

⁷⁷ A. PERA G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza e regole*. In particolare nel presente lavoro si fa riferimento alla sentenza *Alrosa*, Causa T-170/07, nonché la sentenza del Consiglio di Stato, *Mastercard*, n.4393/2011.

perdurare di un'infrazione" e, pertanto, in un ipotetico giudizio i due esiti non potrebbero in alcun modo avere la stessa valenza.

Ulteriori vantaggi per le imprese derivanti dagli impegni, consistono nella partecipazione attiva nella fase istruttoria del procedimento, che determina, da un lato, un procedimento più snello e veloce, che si traduce in un oggettivo risparmio di spesa e, dall'altro, elimina le informazioni asimmetriche che in genere esistono fra Commissione e imprese.

Se da un lato, la Commissione è in possesso di notizie che l'impresa disconosce, dall'altro lato l'impresa ha tenuto celato informazioni utili per l'istruttoria.

La partecipazione consente di colmare le inevitabili lacune che sussistono in un procedimento d'infrazione, e al contempo, di attribuire un indirizzo all'impresa su condotte da mantenere al fine di non cadere nell'illiceità. A tal proposito si rileva, infatti, che spesso le condotte che si svolgeranno a seguito di impegni consentono alle imprese di comprendere quali siano i comportamenti da adottare onde evitare sanzioni. Manca, specialmente, nelle ipotesi di abuso di posizione dominante una linea guida in grado di consentire un'autovalutazione, sicchè gli impegni fungono da indicatori sulle condotte da mantenere⁷⁸.

A seguito della conclusione di un impegno, le imprese sanno che possono porre in essere un dato comportamento

⁷⁸ Sul punto parte della dottrina ritiene, invece, che la conclusione degli impegni non impedisca successivamente l'accertamento di una condotta illecita derivante dagli impegni assunti. Si ritiene che la conclusione degli impegni ne renda soltanto improbabile l'accertamento G. SEPE, *La decisione con impegni, sub art.9, in Codice Commentato della concorrenza e del mercato*, cit p. 258.

senza incorrere in infrazione⁷⁹, comportamento, peraltro, deciso insieme alla Commissione, e non subito unilateralmente.

I vantaggi alla conclusione degli impegni non emergono soltanto per le imprese, ma anche per la Commissione.

L'analisi effettuata consente di dimostrare la potente modernizzazione intervenuta con il reg. 1/2003. Ed infatti, come già accennato, l'eliminazione della notifica preventiva alla commissione, i regolamenti di esenzione unitamente agli impegni, hanno permesso l'attuazione di una politica deflattiva tale da consentire alla Commissione l'utilizzo delle risorse per le ipotesi che effettivamente meritavano una particolare attenzione.

Una tale riforma non poteva che avvenire attraverso l'utilizzo dell'approccio economico del diritto antitrust, approccio che attraverso l'utilizzo delle scienze economiche consente di valutare gli effetti che le condotte delle imprese producono sul mercato.

⁷⁹ Come sottolinea la *Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del trattato, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento)*, del 24/4/2004, par. 3, "i regolamenti di esenzione per categoria, le comunicazioni e le linee guida della Commissione, come recentemente rivisti dalla Commissione, assolvono la finalità di facilitare ulteriormente, rispetto a quanto consentono la giurisprudenza e la prassi decisionale, l'autovalutazione da parte degli operatori economici delle proprie azioni, e sono concepiti, pertanto, come fattori di incremento di certezza giuridica. Appare comune l'idea che l'incertezza registrata nell'applicazione dell'art. 82 del trattato scaturisca, in certa misura, dall'assenza di strumenti di orientamento di carattere generale, differentemente da quanto si è verificato per gli accordi e le concentrazioni orizzontali. Nello specifico, la nozione di "speciale responsabilità" che grava sull'impresa in posizione dominante avrebbe una valenza meramente descrittiva dell'esistenza di una norma che, lungi dal vietare la dominanza in sé, si esaurisce in una previsione ad hoc per i comportamenti tenuti dall'operatore in posizione dominante"; Si veda a tal proposito anche J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 272.

L'istituto degli impegni, che, come si è visto, si applica alle ipotesi di probabili infrazioni è indubbiamente l'esempio paradigmatico del suddetto approccio.

La Commissione non guarda più il mero dato formale dell'infrazione, ma valuta se in presenza di determinate proposte di impegni il suo intervento sia giustificato; in altri termini, non è più sufficiente l'infrazione, ma occorre altresì l'opportunità dell'intervento sanzionatorio.

Occorre ricordare, come già ampiamente descritto, che la Commissione nell'accettare la proposta di impegno si deve attenere ad alcuni parametri; innanzitutto il già citato Considerando n. 13 in ordine all'opportunità di non rendere vincolanti impegni qualora si ritenga necessario irrogare sanzioni⁸⁰, il tipo condotta anticoncorrenziale che si presume violata (il divieto per le intese c.d. hardcore)⁸¹, il livello di accertamento all'interno dell'istruttoria che deve trovarsi anche in una fase iniziale in cui sussistono dubbi circa l'avvenuta infrazione, ed infine l'idoneità dell'impegno secondo i canoni della proporzionalità, a eliminare la preoccupazione manifestata dalla Commissione.

All'interno di questi parametri la Commissione gode di una piena discrezionalità nel rendere vincolanti gli impegni proposti, i quali caratterizzati da un procedimento più snello e veloce consentono un importante risparmio di costi

⁸⁰ Si veda il Considerando n. 13 del regolamento n. 1/2003 in forza del quale *“Le decisioni concernenti gli impegni dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione. Le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di procedere a detto accertamento e di prendere una decisione. Le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda”*.

⁸¹ C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 39 ss.

burocratici alla Commissione, risparmi che non vi sarebbero se in luogo degli impegni venissero comminate delle sanzioni in linea con un approccio più attento agli effetti concreti sul mercato.

Un procedimento che si conclude ex art. 7 Reg. n. 1/2003 con la constatazione dell'infrazione e l'imposizione di determinate modifiche comportamentali o strutturali, risulta essere molto oneroso per l'Autorità e peraltro poco utile perché potrebbe essere sovvertito da una decisione del Tribunale o della Corte di Giustizia.

Si rileva, inoltre, che la maggiore onerosità si situa proprio nella fase che manca negli impegni, ovvero nella formulazione degli addebiti. Siffatta fase, infatti, deve risultare idonea a resistere proprio ad eventuali ricorsi.

E' indubbio, che la conclusione degli impegni non ha il medesimo effetto deterrente di una condanna ad una sanzione, ma dal punto di vista degli effetti potrebbe risultare decisamente più efficace.

Quest'ultimo aspetto deriva anche dal c.d. fattore tempo. Capita sempre più di frequente, specialmente per le alte tecnologie, che i mercati si evolvano con una tale celerità che il procedimento e la relativa sanzione arrivino quando il quadro merceologico sia già modificato. Diversamente la conclusione di un accordo consente di intervenire con immediatezza ed i suoi effetti sono in grado di produrre gli effetti auspicati⁸².

⁸² A tal proposito, J. TEMPLE LANG, *Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities under European Antitrust Law*, cit., p. 281 "A commitment decision expressed to be for a limited period is a simple way of avoiding the difficulty of setting out precisely and in detail all the conditions which would bring the commitment to an end, or lead to it being modified".

La celerità è, peraltro, agevolata dalla partecipazione del privato al contenuto dell'impegno, sicchè la raccolta delle informazioni diviene più celere e soprattutto più completa.

Al di là degli indiscussi elementi positivi che caratterizzano lo strumento degli impegni, occorre spiegare altresì i pericoli che possono insorgere da un cattivo del suddetto strumento.

Innanzitutto la decisione di concludere un impegno deve essere guidata dall'interesse pubblico comunitario.

Il pericolo si configura, invece, qualora l'istituzione (Commissione o Autorità nazionale) subisca la c.d. "*cattura del regolatore*" da parte del soggetto regolato. Questa possibilità si concretizza quando si svia dall'interesse pubblico per perseguire l'interesse dell'impresa con cui si sta negoziando.

La concretizzazione di una siffatta probabilità è più alta quanto più grande è l'impresa e maggiore è l'influenza che può subire la Commissione⁸³.

Altra ipotesi di conclusione di un impegno, sviato dall'interesse comunitario, si può configurare qualora non vi sia un'istruttoria sufficiente per l'accertamento dell'infrazione e dunque si decida di "ripiegare" sulla conclusione di un impegno.

Al fine di ovviare a queste ipotesi di sviamento, la conclusione dell'impegno deve essere corredato da una

⁸³ In tal senso L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit, l'Autore sottolinea come il pericolo della c.d. cattura del regolatore è ancora più probabile nei riguardi delle Autorità, le quali posseggono una forza "contrattuale" inferiore rispetto alla Commissione.

motivazione per mezzo della quale si espone l'interesse comunitario posto a fondamento dell'impegno.

5. Gli impegni nel diritto antitrust italiano:

a) la l. n. 287/90 e l'introduzione dell'art. 14ter

L'ordinamento giuridico italiano è stato, in Europa, fra gli ultimi a dotarsi di una propria disciplina a tutela della concorrenza.

Con la l. n. 287/90 non ha "soltanto" colmato un vuoto normativo, ma ha contribuito - unitamente ad altre riforme - alla modifica del rapporto fra lo Stato ed il libero mercato, o meglio all'ingerenza del primo sul secondo.

Nei decenni appena precedenti agli anni '90, infatti, la presenza dello Stato nei settori socio economici era dilagante. L'ingerenza dello Stato in settori tipicamente privati comportò per lo Stato una conseguenziale assunzione di troppi compiti, e dunque, un'eccessiva espansione della spesa pubblica.

Negli anni '90, ha inizio una rilettura dell'intero sistema amministrativo attraverso un progressivo ritiro dello Stato dal mercato (ancora non del tutto realizzato), nonché attraverso lo strumento della privatizzazione e delle liberalizzazioni, ed ancora l'utilizzo di strumenti normativi di semplificazione quali la legge sul procedimento amministrativo (l.n. 241/90)⁸⁴.

⁸⁴ R. CAPUNZO, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, 2005; F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol.1, 2008, Cedam, p. 273 ss. In

All'interno di questo contesto storico si colloca l'introduzione della l. n. 287/90 che ha consentito una "rottura" con il passato assetto, retto da una visione dirigistica dell'economia da parte dello Stato, che mal si conciliava con il principio della concorrenza⁸⁵.

Una siffatta disciplina andava, dunque, a modificare un'idea dell'economia in cui lo Stato predeterminava ogni cosa dal numero di operatori in un determinato mercato all'utilizzo di aiuti, idea che creava dei privilegi per pochi a scapito di molti.

La forza d'imposizione della nuova disciplina è tratta dal fondamento costituzionale rinvenuto nell'art. 41 Cost. e nell'obbligo d'interpretazione conforme al diritto comunitario.

Siffatti collegamenti, che potevano trovare cittadinanza a livello ermeneutico trovano oggi espressa collocazione nell'art. 1 della l. n. 287/90.

Nel primo comma il legislatore si premura di apporre un inciso "*in attuazione dell'art. 41 della Costituzione*" quasi a voler confutare qualsiasi lettura contraria⁸⁶. L'espressa menzione trasforma la disposizione costituzionale da principio ricavabile per via ermeneutica ad elemento normativo della fattispecie. Così facendo diviene parte

particolare, l'Autore ricostruisce l'evoluzione dell'apparato statale attraverso una ripartizione in quattro generazioni a partire dallo Stato unitario del 1800.

⁸⁵ C. BEDOGNI RABITI, *Introduzione alla l. n. 287/90*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, C. CATRICALÀ P. TROIANO (a cura di), cit.

⁸⁶ L'art. 1 comma 1 della legge n. 287/90 recita nei seguenti termini: "*Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e/o 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e/o 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa equiparata*".

integrante della norma, divenendo base fondante dell'intero sistema normativo.

La volontà di inserire un simile riferimento può ricondursi ad una motivazione prettamente politica: il legislatore costituzionale nel 1948 aveva sancito che *“l’iniziativa economica è libera”* per poi vedersi costantemente inficiato dalla disciplina legislativa ordinaria che imponeva continue ingerenze dello Stato nell'economia⁸⁷.

Attraverso il riferimento normativo nell'art. 1 della l.n. 287/90 il legislatore ha posto un forte vincolo politico prima ancora che normativo.

Per quanto concerne l'obbligo di interpretazione conforme della disciplina interna alla comunitaria, anche in questo caso il legislatore ha scelto di esplicitarlo nell'ultimo comma dell'art. 1⁸⁸. Il suddetto riferimento che aiuta a rafforzare il collegamento con la disciplina europea è comunque superfluo atteso che com'è noto, l'interprete ha l'obbligo di interpretare, quando possibile, la normativa interna conformemente alla disciplina europea.

Si rileva, peraltro, che l'enunciato normativo ai sensi del quale *“l'interpretazione (...) è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee (...)”* non è da intendersi in senso letterale.

⁸⁷ In tal senso di veda F. SATTA, *Indirizzo politico, Autorità di regolazione e Autorità antitrust: quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio della libera concorrenza, 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., p.247 ss.

⁸⁸ L'art. 1 comma 4 della legge n. 287/90 segnatamente recita nei seguenti termini : *“L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.”*

Ed invero, l'uniformazione dell'interprete deve altresì tenere conto delle “nozioni essenziali e strumentali” derivanti sia dagli atti delle Istituzioni, sia dalla Corte di Giustizia e dal Tribunale di primo grado⁸⁹.

Ciò ha altresì determinato un costante richiamo alle sentenze della Corte di Giustizia in sede di decisioni Antitrust interne, nonché una interpretazione particolarmente estensiva sia del termine “impresa”, così come intesa in ambito europeo, che ha permesso un'applicazione generalizzata delle norme antitrust anche ai settori economici in cui l'ingerenza statale è ancora presente.

All'interno dell'assetto normativo appena descritto si colloca l'istituto degli impegni.

In Italia è stato introdotto attraverso il c.d. decreto Bersani (d.l. 223/2006 conv. In l. n. 248/2006), introducendo un nuovo articolo alla disciplina *antitrust* e segnatamente l'art. 14^{ter}.⁹⁰

⁸⁹ G. NAPOLITANO D. AGUS, (sub) art. 1 alla l. n. 287/90, in, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, C. CATRICALÀ P. TROIANO (a cura di), cit.

⁹⁰ L'art.14^{ter} della l. n. 287/90 recita in tal modo: “Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione. L'Autorità in caso di mancato rispetto degli impegni resi obbligatori ai sensi del comma 1 può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato.

L'Autorità può d'ufficio riaprire il procedimento se:
a) si modifica la situazione di fatto rispetto ad un elemento su cui si fonda la decisione;

b) le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti;
c) la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete inesatte o fuorvianti.”

L'articolo oggetto di analisi, appare *prima facie* omologo all'art. 9 del Reg. n. 1/2003. Anch'esso è strutturato in due parti.

Nella prima parte dell'art. 14ter è descritto per linee essenziali il procedimento per la conclusione dell'impegno. Anche in questo caso si tratta di un procedimento ad istanza di parte proposto dall'impresa all'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), autorità amministrativa indipendente fornita della competenza interna in materia antitrust.

Nell'art. 14ter è peraltro specificato che la fase procedimentale in cui deve essere presentata la richiesta di conclusione dell'impegno è quella istruttoria, e al contempo, specifica che la richiesta deve intervenire entro tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria, ed il contenuto deve essere tale da “*far venir meno i profili anticoncorrenziali*” emersi.

La disciplina interna risulta, dunque, più dettagliata di quella europea, e gli elementi specializzanti necessitano pertanto di un approfondimento.

Innanzitutto, vi è un elemento temporale - il termine di tre mesi - ed una collocazione spaziale nella fase istruttoria.

Al fine di individuare la portata dei due elementi occorre citare le due *Comunicazioni sulle procedure di applicazione dell'articolo 14ter della legge 10 ottobre 1990, n. 287*, dell'AGCM, la prima del 12.10.2006⁹¹ e recentemente, la

⁹¹ Comunicazione adottata con delibera n. 16015, in *Bollettino* n. 39/2006;

seconda del 17.09.2012⁹², che ha apportato alcune modifiche e specificazioni.

La normativa interna le ha, infatti, assunte come linee guida, del profilo tecnico procedimentale.

Per quanto concerne il limite temporale di tre mesi, si è a lungo discusso sulla sua portata precettiva o ordinatoria.

Sia il testo normativo sia la comunicazione del 2006 non consentono di propendere per una delle due opzioni.

E' da sempre stata unanime l'attribuzione di una funzione deterrente al suddetto limite temporale; esso infatti mirerebbe ad evitare condotte dilatorie da parte delle imprese.

Tuttavia, al di là della ratio attribuita, il termine dei tre mesi è stato prevalentemente letto in termini ordinatori⁹³ per due ordini di ragioni: la prima connessa alla disciplina europea, in quanto l'art. 9 reg. n. 1 /2003 non prescrive alcun limite temporale definito, e la seconda legata alla stessa *ratio* degli impegni, atteso che si ritiene che un limite temporale possa ostacolare l'eliminazione dei profili anticoncorrenziali, qualora la proposta non fosse accolta perché tardiva.

Quanto appena esposto sembra, tuttavia, risultare privo di rilevanza a seguito della Comunicazione intervenuta nel settembre del 2012.

⁹² Comunicazione adottata con delibera n. 23863, in *Bollettino* n. 35/2012;

⁹³ Si veda a tal proposito la critica dell'Autrice sull'attribuzione di natura ordinatoria al termine di tre mesi C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., p. 118 ss.; si veda invece sull'attribuzione di natura ordinatoria T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2902 in www.giustiziaamministrativa.it

Ed infatti, in ordine al termine di tre mesi, la comunicazione del 2006 prevedeva che le imprese potevano presentare *“con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi previsto dalla menzionata disposizione, una versione non definitiva degli stessi”* (impegni) e che *“in ogni caso, entro il termine di tre mesi dalla notifica dell’apertura dell’istruttoria, come previsto dall’articolo 14-ter della legge, le parti interessate dovranno far pervenire all’Autorità la versione definitiva degli impegni proposti”*; queste due indicazioni che determinavano e continuavano tutt’oggi a determinare una doppia fase di presentazione degli impegni: preliminare e definitiva, non erano state determinanti per la cristallizzazione della natura perentoria del termine⁹⁴.

La nuova comunicazione ha introdotto un nuovo inciso in forza del quale *“L’Autorità si riserva comunque la possibilità di consentire in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte, la presentazione di impegni oltre il termine sopraindicato”*.

⁹⁴ In particolare si precisa che le imprese che intendano presentare una richiesta di impegno, possono presentare una bozza con la proposta di impegno in un termine anteriore alla scadenza dei tre mesi sicchè l’Autorità possa avanzare obiezioni che troveranno seguito nella richiesta definitiva. Per una maggiore comprensione si legga il testo della Comunicazione: *“Le parti del procedimento istruttorio avviato per l’accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della legge n. 287/90 o degli articoli 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) che intendano proporre all’Autorità degli impegni perché sia valutata la loro idoneità a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria medesima, possono presentare, con congruo anticipo rispetto al termine di tre mesi previsto dalla menzionata disposizione, una versione non definitiva degli stessi. A seguito di tale presentazione preliminare le parti interessate, anche su propria istanza, saranno sentite dalla Direzione competente, al fine di fornire le precisazioni, i chiarimenti e le eventuali integrazioni che fossero necessari per la comprensione del contenuto degli impegni proposti e della loro efficacia a risolvere i problemi anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria”*.

Il suddetto inciso sembra implicitamente suffragare la tesi della perentorietà del termine di tre mesi.

Dalla lettura combinata dei paragrafi già presenti nella comunicazione del 2006, e riproposti in quella del 2012, con la proposizione di recente introduzione, l'AGCM afferma che le imprese devono presentare una proposta definitiva di impegni entro tre mesi, tuttavia, l'Autorità può derogarvi in ipotesi eccezionali⁹⁵.

L'espressa previsione di una deroga sarebbe priva di senso se il termine non fosse inteso di natura perentoria.

Oltre alla fissazione del termine di tre mesi, le suddette comunicazioni indicano anche ulteriori passaggi procedurali necessari per la conclusione dell'impegno.

In particolare si indica la possibilità per i soggetti controinteressati di presentare i c.d. *market test*, alla stessa stregua della disciplina europea.

L'Autorità, valutata la richiesta di impegni, entro 45 giorni dal termine dei tre mesi, ove la ritenesse congrua procede alla pubblicazione nel Bollettino e nel sito internet dell'Autorità.

Si mantiene anche in questa disposizione lo stretto nesso fra il contenuto dell'impegno ed i profili anticoncorrenziali emersi.

⁹⁵ L'AGCM peraltro nella medesima Comunicazione ha esplicitato la ratio dell'introduzione di un termine, quasi a voler rafforzare la giustificazione per l'adozione di un termine perentorio. Essa si esprime nei seguenti termini: "*La previsione di tale termine si giustifica alla luce della finalità della norma, che ha una funzione deflattiva, volta anche a realizzare l'economia procedimentale dell'azione amministrativa. Tale funzione è coerente con l'esigenza di indurre il destinatario dell'istruttoria dell'Autorità a presentare tempestivamente gli impegni idonei a rimuovere gli effetti della propria condotta, inibendo la prosecuzione della istruttoria*".

Per quanto concerne la seconda parte dell'art. 14^{ter}, si rileva che la disciplina interna prevede omologamente al reg. n. 1/2003, la possibilità di comminare una sanzione pecuniaria pari al 10% del fatturato dell'impresa, nonché, nelle ipotesi tassativamente previste, la possibilità di riaprire d'ufficio il procedimento.

I vantaggi dell'istituto sono del tutto omologhi a quelli riscontrati in sede europea. Innanzitutto la celerità nell'eliminare le distorsioni concorrenziali e in particolare per le imprese: il mancato accertamento dell'illecito con la conseguenziale assenza di una sanzione patrimoniale.

Si ritrovano, peraltro, anche nella disciplina interna il limite all'applicabilità degli impegni ai cartelli c.d. segreti e all'ipotesi, già descritta, richiamata nel considerando n. 13 (del Reg. n. 1/2003)⁹⁶.

In altri termini, all'interno del descritto perimetro l'Autorità gode di ampia discrezionalità.

Occorre segnalare, che nell'autonomia dell'Autorità dalla Commissione, l'art. 11 par 3⁹⁷ del regolamento n.1/2003 prevede che al più tardi di trenta giorni prima dell'accettazione di un impegno le Autorità devono

⁹⁶ A. LALLI, *sub art. 14ter alla l. n. 287/90*, in, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, C. CATRICALÀ P. TROIANO (a cura di), cit.

⁹⁷ Si veda il testo dell'art. 11 par. 4 del reg. 1/2003 *"Al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento d'esenzione per categoria, le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri informano la Commissione. A tal fine esse forniscono alla Commissione una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta. Tali informazioni possono essere fornite anche alle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Su richiesta della Commissione, l'autorità garante della concorrenza che agisce rende disponibili alla Commissione altri documenti in suo possesso necessari alla valutazione della pratica. Le informazioni fornite alla Commissione possono essere messe a disposizione delle autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Le autorità nazionali garanti della concorrenza possono anche scambiarsi le informazioni necessarie alla valutazione di un caso di cui si occupano a norma degli articoli 81 o 82 del trattato"*.

informare la Commissione indicando la documentazione a supporto, la quale può anche essere inviata ad Autorità di altri Stati membri.

Si ritiene, comunque, che l'invio della volontà di accettare impegni non sia da considerare un atto endoprocedimentale suscettibile di sindacato di legittimità, quanto un'azione funzionale al miglioramento dell'integrazione dei mercati⁹⁸.

A ciò si aggiunga che il medesimo articolo prevede al par. 6⁹⁹ il potere per la Commissione di avocare a sé il procedimento soltanto previa consultazione dell'Autorità e comunque qualora il procedimento non sia già in una fase avanzata¹⁰⁰.

⁹⁸ In tal senso TAR Lazio n. 2900/2008 nella parte in cui si afferma che *“La consultazione della Commissione non appare infatti finalizzata all’emissione di un parere, o comunque all’adozione di un provvedimento idoneo ad inserirsi, quale atto preparatorio, nella serie procedimentale interna, bensì soltanto alla formulazione di eventuali “osservazioni” sul caso, idonee ad assicurare un’applicazione uniforme del diritto comunitario. (...) Ogni autorità garante della concorrenza continua ad essere pienamente responsabile del corretto svolgimento dei procedimenti relativi ai casi da essa trattati”*.

Tale prospettiva è del resto coerente con il processo di decentramento dell’attività di enforcement del diritto comunitario della concorrenza, nell’ambito del quale le Autorità nazionali sono “organi operanti in funzione comunitaria” (cfr. TAR Lazio, sez. I^a, 7 marzo 2006, n. 1713, Merck)”.

⁹⁹ Si veda l’art. 11 par. 6 del reg. 1/2003: *“L’avvio di un procedimento da parte della Commissione per l’adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato. Qualora un’autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest’ultima.”*

¹⁰⁰ In tal senso TAR Lazio n. 2900/2008 nella parte in cui si afferma che *“L’unico atto in grado di privare le Autorità nazionali della competenza ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato è rappresentato infatti dall’esercizio da del potere di avocazione. Secondo la Comunicazione cit., la Commissione può tuttavia, in linea di massima, avviare il procedimento ai sensi dell’art. 11, par. 6, del Reg. n. 1/2003, solo nel corso del c.d. “periodo iniziale di attribuzione”, vale a dire immediatamente dopo la comunicazione dell’avvio di un’indagine ai sensi dell’art. 11, par. 3, mentre, successivamente, l’intervento “autoritativo” della Commissione appare piuttosto come uno strumento di “risoluzione dei conflitti”, determinati dal fatto che i membri della rete prevedano “di adottare decisioni contrastanti sul medesimo caso”, ovvero “una decisione palesemente in conflitto con la giurisprudenza consolidata”*.

b) La funzione assunta dalla AGCM nella conclusione degli impegni.

A seguito dell'analisi effettuata sull'art. 14ter l.n. 287/90 ed individuati i limiti derivanti dal diritto europeo, e al fine di comprendere l'ambito in cui è possibile utilizzare lo strumento degli impegni, è necessario preliminarmente chiedersi quali siano effettivamente i poteri attribuiti all'Autorità garante ed entro quali limiti possano essere esercitati¹⁰¹.

Quando è stata creata l'AGCM, essa è stata pensata come un ente con funzioni prettamente sanzionatorie: accertato un illecito sulla base di determinati parametri viene comminata una data sanzione. Sempre più Autori oggi sostengono che al carattere meramente sanzionatorio si stia affiancando una funzione regolatoria¹⁰².

Inoltre (par. 57), in assenza di particolari ragioni di interesse pubblico comunitario, la Commissione “non adotterà una decisione in conflitto con una decisione di un'autorità nazionale garante della concorrenza nel caso in cui si sia provveduto nei modi dovuti alle comunicazioni di cui all'art. 11, paragrafi 3 e 4, del Regolamento del Consiglio” e non sia stato esercitato il potere di avocazione.

¹⁰¹ Sull'esercizio del potere autoritativo dell'AGCM si veda V. CERULLI IRELLI, «Consenso» e «Autorità» negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BEDOGNI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁰² Si veda F. S. MARINI, *La concorrenza fra i poteri dello Stato :l'Autorità fra tradizione e innovazione*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010 ; LIBERTINI M., *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit.; D'ALBERTI M., *Diritto della concorrenza regolazione in una prospettiva ultranazionale*, cit., C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè - Università degli studi Milano Bicocca, Milano, 2012; F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010 .

Si badi che per regolazione dei mercati non si deve intendere la tradizionale regolazione economica operata dalle potestà pubbliche per la pianificazione industriale e la programmazione della produzione. Nel caso di specie, quando si parla di regolazione, si intende una pratica volta al raggiungimento di *“interventi negoziati, consensuali e più persuasivi che cogenti”*¹⁰³, pratica affidata alle Autorità, indipendenti dall'esecutivo, e che godono di ampi poteri in ambiti trasversali tali da agire in tutti i settori economici.

Procedendo dal generale al particolare, occorre analizzare le funzioni principali attribuite all'AGCM e valutare se possa effettivamente assumere un ruolo di regolatore.

Innanzitutto, occorre ricordare che la caratteristica peculiare dell'Autorità indipendente è la neutralità: ovvero una perfetta equidistanza tra le Istituzioni pubbliche e le imprese, essa nasce per operare unicamente “per” il mercato e non “nel” mercato.

La neutralità¹⁰⁴ conduce, dunque, ad assumere un ruolo di garanzia per la tutela dell' “ordine naturale dei mercati”; la suddetta caratteristica, tuttavia, è stata sempre più affiancata da funzioni di carattere regolatorio.

Siffatto fenomeno sembra manifestare una contraddizione in termini: un' Istituzione pubblica denominata

¹⁰³ In siffatti termini M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il mulino, Bologna, 2008, descrive il nuovo modo di intendere la regolazione dei mercati. L'Autore a p.89 ritiene che ormai vi sia *“il superamento di forme di regolamentazione dettagliata e pervasiva, a beneficio di discipline fondate su criteri, standard e principi generali; l'affidarsi a regolatori indipendenti dal mercato e dalla politica”*.

¹⁰⁴ Per neutralità la dottrina intende l'indifferenza dell'Autorità rispetto agli interessi in gioco, a differenza dell'imparzialità che si riferisce all'esigenza di riferirsi a tutti i soggetti dell'azione amministrativa senza discriminazioni, R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011,

“indipendente” perché fuori dall’apparato verticistico statale, i cui componenti si caratterizzano per l’autonomia e l’indipendenza, e la cui caratteristica principale è garantire la concorrenza mantenendosi fuori dal mercato, contribuisce di fatto con le sue decisioni a conformare il mercato, divenendone per ciò stesso parte¹⁰⁵.

Ed invero, la funzione regolatoria definita come “politica” della concorrenza viene suddivisa in due settori: promozione e tutela. Il primo avviene *ex ante*, ed è funzionale al miglioramento della concorrenza, il secondo, *ex post*, valuta le condotte delle imprese ed infligge, eventualmente, sanzioni.

Occorre, dunque, capire se all’Autorità è effettivamente attribuito un potere discrezionale in grado di conformare il mercato, e a tale scopo occorre ragionare per principi.

Il potere amministrativo è sottoposto al principio di legalità (ex art. 97 Cost).

Esso si estrinseca nell’aspetto formale che individua lo strumento da utilizzare per attribuire il potere e nell’aspetto sostanziale che invece concerne la delimitazione del potere.

Il primo aspetto si estrinseca nella riserva legge, in forza del quale il potere amministrativo può essere attribuito solo per legge. Il secondo invece si parametra sul contenuto, se è particolarmente dettagliato l’attività si considera vincolata,

¹⁰⁵ A. POLICE, *Il potere discrezionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *20 anni di diritto antitrust, l’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010; nonché S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, G. TESAURO M. D’ALBERTI (a cura di), in *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2000 in cui espressamente si dichiara «(..) la regolazione all’opposto delle funzioni di tutela della concorrenza si concreta in forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo ».

qualora invece il contenuto della norma risulti indeterminato, tale da consentire più scelte legittime, allora vi sarà spazio per la c.d. attività amministrativa discrezionale, che nel caso dell'AGCM verrebbe individuata come attività di regolazione¹⁰⁶.

L'attività di regolazione, infatti, dovrebbe consistere in un'attività in cui l'AGCM attraverso un bilanciamento dei vari interessi in gioco opera la scelta considerata la più opportuna per la tutela della concorrenza; in altri termini, occorre verificare se la legge ha attribuito un potere all'Autorità di scegliere (discrezionalmente) fra più scelte legittime quella più opportuna per la tutela della concorrenza: l'esito della scelta avrà determinato una regolazione del mercato funzionale al raggiungimento di un obiettivo ritenuto dall'AGCM come il più opportuno per il mercato stesso.

La normativa che disciplina il procedimento per la conclusione degli impegni sembra attribuire all'AGCM un ampio potere discrezionale del tutto peculiare rispetto alle funzioni originarie¹⁰⁷.

Il carattere ampiamente discrezionale dell'art. 14ter, sembra effettivamente confermare la tesi secondo la quale

¹⁰⁶ Si veda G. ROSSI, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle Autorità*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1997; nonché F.G.SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e della dottrina successiva*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, 1045 ss.

¹⁰⁷ Sul punto si veda F. SATTÀ, *Indirizzo politico, Autorità di regolazione e Autorità antitrust: quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio della libera concorrenza, 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, p.250

l'Authority esercita un potere che “*nel suo farsi atto*¹⁰⁸” (rectius: impegno) manifesta una funzione regolatoria del mercato¹⁰⁹.

Risulta, infatti, evidente che con il predetto strumento l'Autorità non opera unicamente *ex post* applicando una sanzione, ma agisce *ex ante* promuovendo la concorrenza così da generare un' “*ibridazione dello strumentario a disposizione dell'Autorità antitrust*”.¹¹⁰

Se si analizza attentamente la suddetta disciplina appare chiaro che il legislatore attribuisce all'AGCM il potere di scegliere fra una pluralità di opzioni.

Si badi che il problema non può risolversi in un'attività meccanica di sussunzione della fattispecie concreta nella astratta, atteso che ciò che l'Autorità è chiamata a valutare è innanzitutto l'interesse pubblico che prevale per quel specifico caso e di conseguenza quale sia la norma da applicare (conclusione dell'impegno o accertamento infrazione)¹¹¹.

Ebbene, da quanto finora esposto dovrebbe sembrare evidente che l'attività dell'Autorità non può ridursi ad

¹⁰⁸ Si ricordi la notissima definizione della funzione amministrativa del BENVENUTI: “*la funzione amministrativa è il potere nel suo farsi atto*”.

¹⁰⁹ Sull'attività “regolatoria” praticata con gli impegni si veda C. RABITTI BEDOGNI, *L'Autorità garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

¹¹⁰ A. NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato concorrenza regole*, n.2 agosto 2011

¹¹¹ A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010, p.374 ss.

un'attività strettamente vincolata, in cui presenti determinate caratteristiche si commina una sanzione.

Se fossimo davanti ad un'attività vincolata, il tenore della norma dovrebbe individuare pedissequamente tutti gli elementi di fatto in presenza dei quali è doveroso concludere un impegno. La norma invece recita in tal modo *“L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione”*.

In presenza di una fattispecie costruita in siffatti termini l'Autorità è costretta ad operare più scelte.

Innanzitutto deve ritenere la presunta infrazione non talmente grave da poter concludere un impegno; in secondo luogo deve ritenere l'impegno idoneo, e ciò necessita un ulteriore bilanciamento fra i vari interessi confliggenti¹¹².

L'esito del percorso effettuato avrà conformato il mercato, sulla base delle scelte discrezionali effettuate.

E' opportuno ricordare che nel procedimento amministrativo e segnatamente nella fase istruttoria, sede elettiva dell'attività amministrativa in senso proprio, le scelte discrezionali vengono effettuate anche sulla base di valutazioni che richiedono conoscenze tecniche (c.d. discrezionalità mista).

Per quanto concerne l'attività antitrust, la valutazione inerente il bilanciamenti dei diversi interessi in gioco non

¹¹² Di contrario avviso si veda S. BATTINI G. VESPERTINI, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, M. D'ALBERTI S. PAJNO, in *Arbitri dei mercati*, p.61 ss.

può che tener conto delle scienze economiche che studiano l'andamento dei mercati.

Come si vede, l'approccio economico della disciplina antitrust emerge in ogni suo aspetto come tratto inscindibile di una corretta lettura delle norme.

Dall'analisi svolta si può dunque affermare che l'Autorità antitrust assume funzioni regolatorie¹¹³, nella misura in cui con questa accezione si intenda l'utilizzo di strumenti atti a raggiungere un effetto sulla concorrenza che risulti più efficace rispetto all'accertamento di un illecito¹¹⁴.

In altri termini l'Autorità, attraverso l'utilizzo degli impegni, regola il mercato "per" la concorrenza e non "nella" concorrenza. Ciò dunque dimostra che l'attribuzione di siffatta funzione all'Autorità non pregiudica il suo carattere di neutralità ed indipendenza, atteso che il fine ultimo è il buon funzionamento del mercato.

L'intervento dello Stato "nel" mercato, infatti, oggi attiene ad un concetto di regolazione del tutto differente rispetto a quello sopra descritto e si può riscontrare unicamente in

¹¹³ Si veda F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, cit. il quale con riguardo ai nuovi poteri attribuiti all'Autorità antitrust assume che è "un'attività ex ante la quale consiste nella emanazione deprescrizioni di tipo regolamentare e/o provvedimento le quali incidono ed orientano il comportamento delle imprese, è ispirata (prevalentemente) da finalità di promozione della concorrenza e dalla concomitante esigenza di correzione dei fallimenti del mercato, è imperniata (prevalentemente) su misure asimmetriche contro gli ex monopolisti pubblici, spetta (prevalentemente) alle autorità indipendenti ».

¹¹⁴ A. NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato concorrenza regole*, n.2 agosto 2011; a tal proposito l'Autore a pag. 335 espressamente dichiara che : « rispetto a fattispecie osservate (e dunque teoricamente sanzionabili in una logica ex post) l'Autorità di concorrenza può infatti intervenire approvando misure che modificano il meccanismo di funzionamento del mercato sotto esame pro futuro e dunque seguendo una logica ex ante »

particolari e specifici settori dell'economia come i mercati finanziari, le telecomunicazioni o l'energia, in cui lo Stato continua ad avere un ruolo – seppur minore rispetto al passato - di ingerenza¹¹⁵.

Delineate le funzioni dell'AGCM e prima di procedere all'approfondimento dell'utilizzo degli impegni nell'ordinamento italiano, occorre analizzare i rapporti intercorrenti tra Commissione e AGCM.

Come già è stato descritto, è stata introdotta una rete di comunicazione (ECN) tale da consentire una maggiore omogeneità nell'applicazione della disciplina antitrust fra l'Unione europea e gli Stati membri.

Già nei considerando del Regolamento n. 1/2003 emergono delle linee guida nella cooperazione fra le suddette Istituzioni.

In particolare, occorre citare il Considerando n. 22, in forza del quale, le decisioni con impegno adottate dalla Commissione non escludono la possibilità per le Autorità degli Stati membri e per le giurisdizioni nazionali di applicare le violazioni di cui agli artt. 101 e 102 (già artt. 81 e 82)¹¹⁶.

¹¹⁵ Sui vari concetti di regolazione e concorrenza si veda M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo II, p. 753 ss.

¹¹⁶ Qui di seguito il testo del Considerando 22: *Per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti fra decisioni. Occorre pertanto precisare, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, gli effetti delle decisioni e dei procedimenti della Commissione sulle giurisdizioni e sulle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Le decisioni d'impegno adottate dalla Commissione lasciano impregiudicato il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 81 e 82 del trattato.*

La suddetta affermazione potrebbe *prima facie* apparire conflittuale con la prima parte del medesimo Considerando secondo il quale per ragioni di certezza del diritto occorre evitare conflitti di decisioni.

Ed invero, per quanto concerne segnatamente gli impegni, il conflitto con l'accertamento di un'infrazione non si verifica. Da un lato, infatti, la Commissione non ritiene di comminare una sanzione e sulla scorta dell'interesse comunitario prevalente, ritiene che le preoccupazioni possano essere fugate con un impegno e contestualmente, dall'altro lato, le Autorità garanti possono invece ritenere che a livello interno la presunta violazione sia tale da necessitare la conclusione dell'istruttoria e l'accertamento dell'illecito.

Siffatta ricostruzione, come si vede, non andrebbe a violare la certezza del diritto, atteso che le decisioni avrebbero un esito non antitetico (accertamento/mancato accertamento), bensì diverso, e garantirebbe al contempo le rispettive competenze parallele¹¹⁷.

c) la natura giuridica degli impegni

Sulla base dell'esposizione finora effettuata è possibile individuare la natura giuridica degli impegni.

¹¹⁷ Sulla presunta conflittualità si veda TAMPLE LANG J., *Commitment decision under regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision*, in *E.C.L.R.*, 2003; nonché WISH R., *Competition law*, 2008.

Innanzitutto, sembra potersi affermare che la conclusione di un impegno rientra nell'alveo dell'attività amministrativa di tipo autoritativo e ciò verrà qui di seguito dimostrato.

Come infatti già accennato, le Autorità amministrative indipendenti, tra cui l'AGCM, pur godendo di particolari peculiarità e non rientrando nella classica struttura verticistica statale di stampo Cavouriano, gestiscono una porzione del potere sovrano nel settore socio-economico in forza di precise disposizioni di legge¹¹⁸.

Ciò, dunque, implica che il legislatore ha attribuito all'AGCM, come alle altre Autorità italiane, l'esercizio del potere amministrativo per ottenere il conseguimento dei compiti attribuiti.

L'AGCM nel momento in cui decide di concludere un impegno esercita un'attività di tipo autoritativo; ciò, dunque, esclude in radice l'esercizio di autonomia privata.

Quanto appena affermato lo si comprende innanzitutto dalla sede in cui si propone la richiesta di impegno, ovvero la fase istruttoria di un procedimento amministrativo aperto per la valutazione di una condotta che si presume illecita.

L'attività procedimentale, sia quella di carattere generale (disciplinata dalla l. n. 241/90) sia quella peculiare antitrust si caratterizza per l'esercizio autoritativo del potere amministrativo; in siffatta sede il privato ha come unico possibile ruolo quello di partecipare al procedimento al fine di rendere più visibili le sue istanze e la sua posizione giuridica si qualifica come interesse legittimo¹¹⁹.

¹¹⁸ F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol.1, Cedam, 2008 p. 564 ss.

¹¹⁹ Si veda R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 353 ss.

L'Autorità ha un potere unilaterale di accettare o meno l'impegno, basandosi su una propria scelta discrezionale parametrata sull'idoneità della proposta; l'attività discrezionale della Pubblica amministrazione trova sede soltanto nell'attività di carattere autoritativo¹²⁰.

Da ultimo, l'Autorità può direttamente (senza ricorrere ad alcun giudizio) comminare sanzioni in caso di violazione dell'impegno e ancora, può riaprire d'ufficio il procedimento.

Risulta, pertanto, confermato che il procedimento di cui si tratta è quello che trova la sua disciplina generale nella l. n. 241/90 legge sul procedimento amministrativo.

Premesso ciò, le tesi dottrinali che tendono a inquadrare l'istituto degli impegni come strumenti di natura privatistica debbono essere integralmente rigettati.

Per completezza, infatti, occorre rilevare che una parte della dottrina ha inquadrato l'istituto degli impegni alla stegua di un contratto transattivo ex art.1965 c.c.¹²¹

Questa disposizione normativa definisce *“il contratto transattivo come il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o pervengono una lite che può sorgere fra loro”*.

Al di là di quanto già sostenuto, che consentirebbe già di per sé l'esclusione di qualsiasi strumento privatistico, si rileva che, in ogni caso, l'AGCM nel momento in cui conclude un impegno non rinuncia ad alcunché, l'AGCM

¹²⁰ C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit;

¹²¹ A favore della tesi privatistica G. GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti, in 20 anni di Antitrust in 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo II, p. 1122 ss.

decide di concludere un impegno quando lo ritiene utile per la tutela del mercato¹²².

Acclarata la natura pubblicistica degli impegni, occorre valutare se possa trattarsi di un accordo amministrativo ex art. 11 della l. n. 241/90¹²³ oppure di un provvedimento amministrativo unilaterale.

A seguito della modifica legislativa intervenuta con la legge n. 15/2005 l'accordo sia di tipo integrativo che sostitutivo ha carattere generale; ciò implica che il legislatore ha previsto la possibilità di utilizzare il presente strumento in tutti i settori che ricadono nell'attività amministrativa.

Un suddetto strumento consente durante la fase istruttoria del procedimento di concludere un accordo con il privato in sostituzione del provvedimento amministrativo.

¹²² Si veda C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit, p.151 ss.

¹²³ Si indica di seguito il testo dell'art.11 l.n. 241/90: *"In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.*

1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati.

2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3. (2)

3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento".

Gli unici due limiti presenti sono: l'assenza di pregiudizio dei diritti dei terzi ed il perseguimento del pubblico interesse. Resta comunque salva la possibilità per la pubblica amministrazione di recedere unilateralmente per motivi di pubblico interesse.

Sussumendo il procedimento per la conclusione degli impegni in quello appena descritto, non possono sfuggire le diverse affinità.

In primo luogo, la sede in cui si giunge all'accordo è la medesima, ovvero la fase istruttoria.

L'*input* per la conclusione di un accordo deriva dalle osservazioni ex art. 10 l.n. 241/90, ovvero il diritto di presentare documenti e memorie scritte, assimilabili alla richiesta di impegni da parte dell'impresa. Si rileva che nel caso di specie la proposta di impegno non può essere ricondotta ad una mera istanza, atteso che il contenuto dell'eventuale successivo impegno ne rispecchierà il contenuto¹²⁴.

Anche i limiti posti dal legislatore non risultano ostativi; ed infatti, il pubblico interesse è ravvisabile pacificamente nella tutela della concorrenza¹²⁵, espressione dell'art. 41 Cost.; il rango costituzionale è stato peraltro cristallizzato

¹²⁴ Al contrario i sostenitori della tesi secondo la quale gli impegni sono provvedimenti amministrativi unilaterali, li qualificano come mere istanze. Si veda CINTIOLI F., *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza impegni e misure cautelari*, in *Giur. Comm.*, 2008 p.33

¹²⁵ E' opportuno ricordare, infatti, che la dottrina amministrativa individua l'interesse pubblico come l'insieme di interessi generali e privati all'interno di una determinata comunità. La tutela della concorrenza racchiude sia l'interesse pubblico del mercato sia l'interesse delle imprese nonché dei consumatori. A tal proposito si veda F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol.1, Cedam, 2008; Si rileva, infatti, che a tal proposito si parla di interesse pubblico qualificato F. S. MARINI, *La concorrenza fra i poteri dello Stato :l'Autorità fra tradizione e innovazione*, cit..

dalla riforma costituzionale n.1/2003 in forza della quale la concorrenza è stata indicata fra le competenze esclusive dello Stato (art. 117 comma 2 lette e) Cost.)¹²⁶.

L'assenza di pregiudizio dei terzi consiste proprio in un uno dei parametri che la giurisprudenza ha individuato per l'idoneità alla conclusione degli impegni.¹²⁷

Peraltro l'attività esercitata dall'Autorità è un'attività discrezionale mista, in cui vi sono elementi di discrezionalità tecnica nella valutazione del contenuto dell'impegno ed elementi di discrezionalità amministrativa quando l'AGCM è tenuta a valutare l'an della conclusione dell'impegno, in altri termini l'opportunità dello stesso¹²⁸.

Ciò che invece risulta più complesso assimilare è il carattere sostitutivo degli impegni.

Nella prassi applicativa degli accordi sostitutivi ex art. 11 della l. n. 241/90, gli accordi sostituiscono il provvedimento finale mantenendo inalterato l'effetto tipico¹²⁹; in altri termini cambia lo strumento utilizzato, ma l'effetto resta il medesimo.

Nell'ipotesi dell'art. 14^{ter}, invece, l'impegno non sostituisce un provvedimento amministrativo analogo, ma modifica l'esito del procedimento (da

¹²⁶ Si veda sul punto M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità pubblica indipendente*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BEDOGNI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010.

¹²⁷ Si veda a tal proposito la pronuncia del T.A.R. Lazio, dell'8.5.2009, n. 4994

¹²⁸ Si veda C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit, p. 165ss.

¹²⁹ A. LALLI, *sub art. 14^{ter} alla l. n. 287/90*, in, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, C. CATRICALÀ P. TROIANO (a cura di), cit.; si veda in particolare che l'Autore criticando l'assimilazione dell'impegno all'art. 11 della l. n. 241/90 propone come esempi classici degli accordi sostitutivi:l'accordo in materia di espropriazione ex art. 20 d.p.r. n. 327/2001 e la convenzione di lottizzazione ex art. 28 della legge urbanistica (modificata dalla l. n. 765/1967).

accertamento/mancato accertamento dell'illecito ad impegno). Ciò che tuttavia occorre rilevare è che in ogni caso l'effetto finale, nel senso di effetto ultimo, è rispettato: la tutela della concorrenza.

Si aggiunga, inoltre, che l'obiezione che viene mossa si basa sulla prassi applicativa e - per ciò stessa soggetta ad evoluzione - atteso che la lettera della norma non sembra escludere la possibilità di ottenere un accordo che modifichi l'esito del procedimento, al contrario, si prevede espressamente che si possa *“determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”*.

Quest'ultima obiezione è superata da parte della dottrina che riconduce l'istituto degli impegni nella figura dell'accordo integrativo, quale atto endoprocedimentale; in tal caso solo a seguito di una valutazione di congruità, l'Autorità emette un proprio atto unilaterale con cui rende obbligatorio il contenuto dell'impegno¹³⁰.

Alla luce di quanto esposto si può propendere per l'assimilazione dell'impegno ad un accordo ex art. 11, dotato di proprie peculiarità, ma che non sembrano assumere il carattere dell'eccezionalità, tali da assimilarlo ad un provvedimento amministrativo differente dall'accordo.

d) la scelta dell'AGCM di concludere l'impegno

¹³⁰ A. POLICE, *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, F. CINTIOLI - G. OLIVERI (a cura di), in *I nuovi strumenti di tutela Antitrust*, cit.

Accertata la natura autoritativa degli impegni, risulta chiaro il motivo per cui la valutazione fra la prosecuzione dell'istruttoria per l'accertamento dell'illecito e l'accettazione dell'impegno proposto è devoluto ad una scelta discrezionale dell'Autorità.

Grazie all'applicazione del decentramento, come descritta nel capitolo precedente, le Autorità nazionali hanno ricevuto ampi poteri, che garantiscono al contempo la tutela della concorrenza, e l'integrazione dei mercati.

Nell'applicazione dell'istituto degli impegni l'AGCM gode dunque di ampi poteri discrezionali; quanto affermato è stato peraltro suffragato dalla già citata sentenza Alrosa della Corte di Giustizia nonché a livello interno dal Consiglio di Stato¹³¹.

Gli unici due vincoli posti sono: i *“limiti previsti dall'ordinamento comunitario”* e l'idoneità della proposta da ricercare nel rapporto intercorrente fra il contenuto dell'impegno e l'eliminazione dei profili anticoncorrenziali.

Per quanto concerne i *“limiti previsti dall'ordinamento comunitario”*, si ricorda che la Commissione e la Corte di Giustizia hanno individuato un perimetro entro il quale poter accettare da parte delle imprese la conclusione di impegni.

I limiti definiti in Europa costituiscono dunque un importante vincolo per l'Autorità che non può in alcun modo travalicare, e che sarà oggetto di approfondito esame nel prossimo capitolo.

¹³¹ Si veda la sentenza del Consiglio di Stato n.2438/2011

Intanto, occorre ricordare che sono stati del tutto esclusi gli impegni a seguito di preoccupazioni di intese *hardcore*, e si può già accennare che il predetto istituto è stato prevalentemente utilizzato in Europa per concludere accertamenti su abusi di posizione dominante aventi ad oggetto effetti foreclosure¹³².

Il siffatto limite è stato peraltro corroborato dalla Comunicazione dell'AGCM del 17.9.2012 che ha inserito rispetto al testo previgente, una proposizione in forza della quale è fatto divieto di concludere impegni *nei casi in cui il comportamento restrittivo o lesivo della concorrenza appare sufficientemente grave da far ritenere appropriata l'imposizione di una sanzione*¹³³.

Tornando alla valutazione sulla conclusione o meno di un impegno da parte dell'AGCM, si ricorda che nell'ipotesi di accettazione, l'Autorità dovrà operare un bilanciamento fra gli interessi pubblici primari, individuabili innanzitutto nella tutela della concorrenza, e gli interessi privati secondari delle imprese a non subire una sanzione, ma anche dei terzi (altre imprese e consumatori) che, invece, aspirerebbero alla conclusione dell'istruttoria e all'accertamento dell'illecito.

Si aggiunga a ciò, che la giurisprudenza interna ritiene che l'istituto in esame ha fra le *mission* quella di far cessare gli effetti anticoncorrenziali; pertanto, se eventuali illiceità siano già cessate, l'unica strada da percorrere resterebbe

¹³² Gli effetti foreclosure integrano abusi escludenti del mercato, si veda C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit, p.40 ss

¹³³ A scanso di equivoci la Comunicazione in nota fa espresso riferimento al Considerando n. 13 del reg. 1/2003.

quella dell'accertamento dell'illecito, salva l'ipotesi in cui attraverso l'impegno si potesse rimediare alle infrazioni già verificatesi; quest'ultima ipotesi, tuttavia, sembrerebbe postulare di per sè l'accertamento di un infrazione¹³⁴.

L'esercizio della scelta operato per mezzo della discrezionalità amministrativa, lungi dall'essere mero arbitrio, è tenuto al rispetto dei principi costituzionali ed europei ed in particolare al principio di legalità, buon andamento (artt. 97 Cost.) e segnatamente, di proporzionalità¹³⁵.

Il principio di legalità regola l'intera attività amministrativa. Esso è caratterizzato da un aspetto formale che riguarda "*l'investitura del potere*" ed è ricondotto al principio della riserva di legge ex art. 97 Cost, e da un aspetto sostanziale che riguarda "*la regolazione del potere*" e delimita il potere attraverso la descrizione della

¹³⁴ T.A.R. Lazio, I, 29.12.2007 n. 14157. In particolare nel corpo della sentenza i Referendari assumono che "*L'accettazione degli impegni, peraltro, richiede una soluzione efficace, per il futuro, alle preoccupazioni concorrenziali oggetto dell'istruttoria e la sua area naturale di applicazione può essere individuata in comportamenti, la cui contrarietà alla legge non è ancora accertata, che destano nell'attualità preoccupazione sotto un profilo concorrenziale per gli eventuali riflessi sul mercato, piuttosto che in profili anticoncorrenziali già venuti meno al momento dello svolgimento dell'istruttoria. Ove l'intesa sia già venuta meno al momento di svolgimento dell'istruttoria, al fine di evitare che la presentazione di impegni non abbia apprezzabili risultati concreti, risolvendosi in un quid vacui, ma sia indirizzata essenzialmente ad evitare l'accertamento della violazione antitrust e la conseguente irrogazione della sanzione, l'accettazione degli impegni dovrebbe postulare la verifica della loro idoneità alla riparazione con effetti retroattivi delle condotte poste in essere.*

Diversamente, verrebbe disattesa la ratio della norma in quanto gli impegni devono essere "tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria", finalità che, nel caso di intesa non più attuale ma già cessata, può essere realizzata soltanto, per quanto possibile, attraverso la riparazione con effetto ex tunc dei comportamenti anticoncorrenziali adottati".

¹³⁵ C. BEDOGNI RABITTI, *L'Autorità garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri, in 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010.

disposizione normativa che può risultare più o meno dettagliata¹³⁶.

Come già ampiamente detto, nel caso che ci riguarda, il legislatore non ha posto particolare vincoli o indicato tassativamente le ipotesi in cui è possibile concludere impegni, sì da lasciare ampia discrezionalità all'Autorità.

Per quanto concerne il principio del buon andamento, come già descritto nel primo capitolo, esso si sta manifestando (specialmente nell'ambito del diritto antitrust) nella sua connotazione economica, e l'istituto degli impegni ne è diretta espressione.

La lettura, ed ancor prima la redazione, delle norme giuridiche alla luce del suddetto principio consente infatti l'introduzione nel diritto amministrativo della logica del risultato.

In altri termini un atto amministrativo non deve essere più soltanto legittimo, ma deve anche raggiungere l'obiettivo prefissato.

L'istituto degli impegni è probabilmente uno degli esempi paradigmatici della suddetta evoluzione.

L'Autorità ogni qual volta conclude un impegno segna l'affermazione della sostanza sulla forma (del buon andamento sulla legalità): si raggiunge un risultato rinunciando all'accertamento formale dell'illecito¹³⁷.

¹³⁶ F. BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, vol.1, 2008, Cedam;

¹³⁷ Lo stesso MEMO 04/217 del 17.9.2005 recita in tal senso: *"efficiency reasons justify that the commission limits itself to making the commitments binding, and does not issue a formal prohibition decision"*; sugli impegni quale *"fondamentale espressione del principio del buon andamento"* si veda BEDOGNI RABITTI C., *L'Autorità garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010, p.178.

Gli impegni se applicati rispettando i principi europei e nazionali, lungi dal danneggiare il mercato favoriscono, attraverso la collaborazione con il privato, il buon funzionamento del mercato stesso, determinano un risparmio temporale non indifferente ed evitano contenziosi¹³⁸.

Non sfugge che un siffatto sistema riflette l'approccio economico del diritto antitrust a scapito dell'approccio formale.

La disciplina degli impegni, nei termini sopra descritti ricalca, infatti, quanto esposto sulla necessità di trovare una congruenza fra diritto ed economia.

Come prospettato all'inizio del capitolo, l'unica sede in cui è possibile trovare una compatibilità dei due fattori è il dettato normativo, e ciò sembra essersi concretizzato nella disciplina sugli impegni.

Il legislatore, nel prevedere gli impegni, ha positivizzato il c.d. *effect-based*; l'Autorità, dunque, non può più unicamente verificare la corrispondenza fra la condotta dell'impresa e la violazione di legge, ma sarà costretta a verificare gli effetti che la condotta produce sul benessere dei consumatori, ed eventualmente, qualora sia più opportuno concludere un impegno.

I termini della fattispecie ex art. 14ter "*profili anticoncorrenziali*" e "*idoneità degli impegni*" vanno letti mediante l'utilizzo delle scienze economiche, utilizzando i criteri di efficacia e di efficienza, soltanto in tal modo le

¹³⁸ V. CERULLI IRELLI, «Consenso» e «Autorità» negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, cit. nonché F. S. MARINI, *La concorrenza fra i poteri dello Stato :l'Autorità fra tradizione e innovazione*, cit.

decisioni dell'Autorità saranno prive di valutazioni parziali e soggettive; in altri termini, è stata costruita una fattispecie normativa secondo la logica del risultato.

Per quanto concerne, infine il principio di proporzionalità ne è stata già affrontata l'incidenza nel diritto antitrust; adesso occorre sottolinearne la valenza precipuamente nell'istituto degli impegni.

Esso costituisce un parametro essenziale per valutare l'idoneità dell'impegno rispetto ai profili anticoncorrenziali individuati. La predetta valutazione che trova la sede naturale nella giurisdizione amministrativa, incontra tuttavia i tipici limiti del giudizio di legittimità.

Una siffatta valutazione dovrebbe, peraltro, effettuarsi in linea con quanto affermato nella sentenza *Alrosa* della Corte di Giustizia che ribaltando quanto deciso dal Tribunale di primo grado, prevede che la Commissione per valutare l'idoneità della proposta è tenuta soltanto a verificare che gli impegni proposti facciano venir meno le preoccupazioni manifestate¹³⁹.

La Commissione non è pertanto obbligata alla ricerca dell'impegno meno oneroso per le imprese, né tantomeno è tenuta a parametrare il contenuto su una sorta di giudizio prognostico effettuato sulla base dell'art. 7 del Regolamento del 2003.

¹³⁹ Si veda la Causa C-441/07 P, caso *Alrosa*, in particolare il par. 61 recita: *"Invece, l'art. 9 del regolamento n. 1/2003 prevede unicamente che, nell'ambito di un procedimento avviato in forza di tale disposizione, come emerge dal tredicesimo 'considerando' di detto regolamento, la Commissione è dispensata dall'obbligo di qualificare e di constatare l'infrazione, e il suo ruolo si limita al controllo, e all'eventuale accettazione, degli impegni proposti dalle imprese interessate, alla luce dei problemi che essa ha identificato nella sua valutazione preliminare e in considerazione degli scopi che essa persegue"*.

La valutazione effettuata dai Giudici TAR dovrebbe, dunque, essere fatta sulla base del presente orientamento e al contempo non potrebbe sostituirsi a quella effettuata dall'Autorità, ma potrebbe unicamente valutarne la congruità ragionevolezza, senza spingersi oltre.

Pur tuttavia, la valutazione esercitata dai giudici nazionali sulla base del principio di proporzionalità appare diversificato e occorre ancora attendere pronunce che tengano conto della decisione Alrosa intervenuta in Corte di Giustizia¹⁴⁰.

Si ricordi, peraltro, che l'AGCM può accettare come rifiutare la proposta dell'impegno, finché non vi sia una certezza sull'accertamento dell'illecito; il rifiuto può verificarsi anche quando le imprese con la propria proposta offrano di eliminare le presunte distorsioni concorrenziali.

In tal caso l'AGCM mediante un proprio apprezzamento nel rispetto dell'imparzialità e del buona andamento "può" decidere di non accettare l'impegno.

Il rifiuto, rientrando nella categoria degli atti amministrativi, deve essere corredato da una motivazione tale da indicare "le ragioni di fatto e questioni di diritto" (art. 3 l. n. 241/90) per le quali la proposta non risulta idonea¹⁴¹.

L'analisi effettuata in questo capitolo è funzionale ad analizzare la prassi in materia di impegni adottata in seno

¹⁴⁰ M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni, in 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010, p. 409 s.s.

¹⁴¹ M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, F. CINTIOLI - G. OLIVIERI (a cura di), in *I nuovi strumenti di diritto antitrust, Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, cit., p. 22 s.s.

alla Commissione e all'AGCM e a valutare se sussistono differenze di approccio, e se rispettivamente in ogni sede l'applicazione concreta rispecchi i poteri attribuiti dalla legge alle due Istituzioni.

5. Il sindacato giurisdizionale in Europa e in Italia.

Ancor prima dell'analisi casistica sulla prassi applicativa degli impegni in ambito comunitario e italiano, occorre, almeno per grandi linee, inquadrare il tipo di sindacato operato dalla Corte di Giustizia e dal Consiglio di Stato sui provvedimenti adottati dalla Commissione e dall'Autorità, con particolare riferimento agli impegni.

E' il caso preliminarmente di rilevare che il dibattito sul sindacato dei provvedimenti è maggiormente accresciuto a seguito della modernizzazione intervenuta con il reg. 1/2003 e con l'avanzare dell'approccio economico; detti fenomeni, come già spiegato, hanno mutato le valutazioni decisionali rendendole meno formali e più incentrate sul controllo degli effetti sul mercato.

Ciò ha comportato un arretramento del controllo giurisdizionale a favore di un maggiore tecnicismo economico¹⁴². Il sindacato del giudice sul public enforcement sembra, dunque, aver perso terreno a favore di una maggiore discrezionalità (insindacabile) attribuita alla Commissione e alle Autorità. Siffatto mutamento è stato

¹⁴² G. BRUZZONE e A. SALJA, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2010, p.8.

oggetto di analisi anche da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale in alcune pronunce ha statuito che l'art. 6 CEDU in tema di *due process* per i procedimenti in ambito penale trova applicazione anche per il diritto antitrust¹⁴³. In particolare nel caso in cui l'Autorità abbia emesso un provvedimento, quest'ultimo deve essere sempre suscettibile di ricorso giurisdizionale innanzi a un Tribunale dotato di "*full jurisdiction*"¹⁴⁴.

L'art. 230 TCE disciplina il tipo di controllo di legittimità operato dalla Corte di giustizia sui provvedimenti della Commissione. Le decisioni della Corte, comunque, non si sostituiscono al provvedimento della Commissione, ma al più lo annullano, affinché questa possa riesercitare il potere ed emettere un provvedimento.

In ogni caso il giudice comunitario non può entrare nelle decisioni di carattere discrezionale e, dunque, non può valutare la decisione della Commissione di accettare o meno un impegno ex art. 9 reg. 1/2003¹⁴⁵. Ciò che può valutare è il rispetto dei principi fondamentali, e dunque, in materia di impegni, può valutare il rispetto del principio di proporzionalità¹⁴⁶.

¹⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo 7 febbraio 1992, *Société Stenuit v. Francia*; Corte di Giustizia, 15 luglio 1997, Causa C-199/92

¹⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 1993, *Zumbotel c. Austria*. Occorre, tuttavia, evidenziare che la "*full jurisdiction*" va declinata in termini di intensità in base alla natura del procedimento, in cui quello penale rappresenta il più intenso, fino a degradare ad un giudizio di legittimità (e non anche di merito) per un giudizio di espropriazione operato da un'autorità amministrativa.

¹⁴⁵ G. BRUZZONE e A. SAIJA, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, p. 15, cit.

¹⁴⁶ A tal proposito si veda la decisione del Tribunale 11 luglio 2007 sul caso *Alosa* in cui si rilevava il mancato rispetto del principio di proporzionalità.

Altro limite che è stato posto ai giudici comunitari sulle decisioni della Commissione è la c.d. “*valutazione economica complessa*” ovvero quella valutazione che tenga conto di un’analisi “complessa” dei risvolti economici che hanno condotto alla decisione della Commissione e che per la loro complessità e tecnicità non dovrebbero essere soggetti a sindacato.

Problematico, per gli impegni, risulta individuare i soggetti legittimati a proporre un ricorso. Difficilmente sarà l’impresa che ha concluso l’impegno, atteso che la proposta è scaturita dalla sua volontà (salvo il caso in cui si dimostri che le sia stata estorta la proposta dietro la minaccia di una sanzione)¹⁴⁷.

Più probabile la possibilità che il ricorso sia proposto da un *competitor* sul quale si producono negativamente gli effetti degli impegni conclusi¹⁴⁸.

Per quanto concerne il sindacato in Italia, strutturato in modo omologo a quello Comunitario, si caratterizza per una forte oscillazione giurisprudenziale fra un controllo di tipo forte ed uno di tipo debole; in cui nel primo caso si tende a sostituire la decisione dell’Autorità con una pronuncia giurisdizionale, mentre nel secondo caso si opera un controllo esterno di legittimità¹⁴⁹.

¹⁴⁷ -F.RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti discorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Il Foro amministrativo*, 2012.

¹⁴⁸ Si vedano 11 luglio 2007, T-170/06 caso *Alrosa*, parr. 39-40, in forza del quale possono proporre ricorso tutti quei soggetti sui quali gli impegni spiegano effetti. Si veda anche G. NAPOLITANO D. AGUS, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, sub art. 9, (a cura di) A. Catricalà - P. Troiano, con la collaborazione di C. LACAVA S. STELLA, 2010

¹⁴⁹ Consiglio di Stato n.2199/2002; Consiglio di Stato n.5156/2002.

in un pronuncia del 2007, ad esempio, si sosteneva che il controllo in materia antitrust poteva essere pieno e penetrante esteso “*sino al controllo dell’analisi (economica o di altro tipo)*”¹⁵⁰, mentre nel 2008 in una decisione del tutto antitetica si affermava che “*il sindacato di attendibilità non può avere natura intrinseca, traducendosi altrimenti in una valutazione sulla con divisibilità della scelta dell’amministrazione*”¹⁵¹.

In ogni caso, la giurisprudenza italiana, seppur nelle forti oscillazioni che la connotano, tende a non discostarsi dalle decisioni giurisdizionali comunitarie, al fine di mantenere una certa conformità con quest’ultime¹⁵².

¹⁵⁰ Consiglio di Stato n.515/2007.

¹⁵¹ Consiglio di Stato n. 424/2008.

¹⁵² Si veda sempre G. BRUZZONE e A. SAIJA, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell’era della modernizzazione e dell’approccio economico*, p. 22, cit.

III CAPITOLO

La prassi comunitaria e italiana sugli impegni

1. Introduzione all'analisi comparata dello strumento degli impegni. - 2. Il criterio oggettivo: comparazione statistica dell'utilizzo dello strumento degli impegni. - 3. La prassi comunitaria sugli impegni. - 4. La prassi italiana sugli impegni. - 5. Il disallineamento tra la prassi comunitaria e la prassi italiana

1. Introduzione all'analisi comparata dello strumento degli impegni.

Alla luce di quanto esposto nei capitoli precedenti - in particolar modo in ordine ai principi cui la Commissione e le Autorità nazionali sono tenute ad ispirarsi per l'applicazione degli impegni - occorre analizzare alcuni casi concreti affrontati in sede europea e in sede italiana, al fine di valutare in concreto come sia stato esercitato il nuovo potere discrezionale (di conclusione degli impegni), attribuito rispettivamente alla Commissione e all'AGCM.

Occorre capire, in altri termini, se l'apprezzamento discrezionale sia stato esercitato sulla scorta del principio di proporzionalità, per il conseguimento del buon funzionamento del mercato; ovvero se l'impegno concluso sia stato: idoneo a rimuovere la distorsione concorrenziale,

necessario, in quanto miglior mezzo utilizzabile in un rapporto costi/benefici, e dunque, adeguato in base agli interessi contrapposti.

Ed inoltre, occorre valutare se l'AGCM abbia tenuto conto del limite posto dal Considerando 13 del reg. 1/2003, nonchè dei criteri adottati dal c.d. MEMO/04 sui limiti per le intese *hard-core*¹⁵³.

All'analisi che ci si appresta ad affrontare occorre, altresì, considerare la congiuntura economica degli ultimi anni che ha fortemente inciso sulle scelte di politica economica.

Ed invero, le politiche concorrenziali sono considerate, da parte di numerosa dottrina e di esperti economici, alla stregua di strategie risolutorie per innescare nuovi processi produttivi, crescita ed efficienza, volte tutte a migliorare il benessere dei consumatori¹⁵⁴. Sicchè, l'ampia attenzione attribuita negli ultimi anni alla tutela della concorrenza, la disposizione costituzionale specifica ad essa riconosciuta¹⁵⁵,

¹⁵³ Sul punto si veda cap II § 4.

¹⁵⁴ M.MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, (c.d. Rapporto Monti), Bruxelles, 9 maggio 2010, in http://ec.europa.eu/commission_20102014/president/news/pressreleases/pdf/20100510_1_it.pdf p.93; nel quale si sostiene che "In certi ambienti si teme che la politica industriale e le regole di concorrenza siano elementi antagonisti. Secondo questa logica, in Europa potrebbe emergere una politica industriale soltanto se le norme in materia di concorrenza e di aiuti di Stato fossero applicate in modo meno rigoroso. In realtà, una sana politica sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato non è in contrasto con una sana politica industriale, anzi: la concorrenza è necessaria per creare le diversità, i vantaggi comparativi e gli incrementi di produttività che nutrono la crescita e l'innovazione". E ancora J. Almunia, *Competition policy and growth*, Speech 12/131 Bruxelles, 28 febbraio 2012, in http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-131_en.htm in cui sostiene a p. 2 che "competition policy can help release the potential of the internal market and put the EU on the road to long-term, sustainable growth" e nei paragrafi finali del discorso ribadisce a p. 7 che "Competition policy is a very efficient instrument because it costs European taxpayers nothing. It produces actual results, not promises.

For all these reasons, competition policy must remain at the core of the European growth strategy".

¹⁵⁵ Al fine di approfondire il ruolo della concorrenza in Italia negli ultimi anni si veda G. AMATO, *La legge antitrust venti anni dopo*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2010, p.923.

nonché l'attribuzione all'AGCM di nuovi e ampi poteri ed il loro esercizio, quali anche e soprattutto la conclusioni di impegni, vanno contestualizzati nella realtà economica in cui si sono conclusi.

In altri termini, l'utilizzo dello strumento degli impegni - che come si vedrà è stato tendenzialmente criticato dalla dottrina per il largo uso effettuato in Italia - va valutato non soltanto alla luce dei principi e dei criteri di derivazione comunitaria, ma anche sulla base della congiuntura economica sofferta globalmente, e ancora più fortemente in Italia.

Bisogna dunque capire se, lo strumento degli impegni in Italia sia stato utilizzato secondo gli stessi criteri adottati in sede comunitaria e se l'eventuale discostamento sia comunque giustificabile alla luce del generale perseguimento del benessere dei consumatori, tenendo tuttavia conto, al contempo, che la conclusione del singolo impegno nasce per eliminare una particolare e circoscritta distorsione del mercato e non per il raggiungimento di un obiettivo generale.

L'analisi comparata tra le decisioni prese dalla Commissione e quelle assunte dall'AGCM si fonderà su due criteri: il primo di ordine oggettivo che confronterà in termini prettamente numerici gli impegni conclusi dalla Commissione e dall'AGCM e in particolare, specificando, se l'istruttoria era stata aperta per una presunta intesa o per un presunto abuso di posizione dominante; il secondo criterio riguarderà, invece, la tipologia di impegni assunti, così infine da valutare la congruità dell'impegno assunto

con la presunta distorsione del mercato e con i principi e i criteri previsti in sede comunitaria.

2. Il criterio oggettivo: comparazione statistica dell'utilizzo dello strumento degli impegni.

Il periodo di riferimento utilizzato ai fine della predetta comparazione parte dall'entrata in vigore (agosto 2006) della disciplina degli impegni fino al dicembre 2011¹⁵⁶.

Ebbene da una comparazione numerica emerge in modo manifesto la sproporzione numerico dell'uso degli impegni in Italia rispetto alla Commissione.

In particolare, su ottantuno istruttorie concluse, l'AGCM ha accettato quarantaquattro impegni, pari al 54% del totale, mentre ha esercitato il potere cautelare ex art. 15 trentaquattro volte, e ha accertato la violazione in (soltanto) due casi (2% delle istruttorie concluse), mentre ha concluso per una non violazione in cinque casi¹⁵⁷.

Quanto appena affermato fa immediatamente emergere le perplessità avanzate in dottrina¹⁵⁸ sull'uso esteso dello strumento degli impegni da parte dell'AGCM, nato come

¹⁵⁶ Si noti che successivamente alla relazione annuale dell'AGCM relativa al 2011 e pubblicata nel 2012 non sono stati più forniti dati statistici né per decisioni comunitarie né per quelle interne, e dunque non vi sono dati ufficiali.

¹⁵⁷ Si veda per un'analisi dettagliata fino al dicembre 2011, A. GIANNACCARI C. LANDI, *Antitrust? Grazie abbiamo altri impegni*, in *mercato concorrenza e regole*, 2012; si vedano inoltre le relazioni annuali dell'AGCM nella sezione rapporti internazionali, in cui fino al 2011 sono stati riportati i provvedimenti assunti in Commissione.

¹⁵⁸ A tal proposito si vedano L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *mercato concorrenza e regole*, 2007;

mezzo residuale fra quelli disponibili dalle Autorità della concorrenza.

Ed invero, occorre non dimenticare la forza deterrente che ha il pericolo della sanzione economica irrogata sulle imprese. Nel momento in cui, la sanzione non appaia più come conseguenza certa della condotta illecita, allora l'impresa sarà più propensa a rischiare e ad adottare condotte distorsive.

A ciò si aggiunga, quanto esposto nel capitolo precedente in ordine alla funzione da attribuire all'Autorità nell'esercizio del potere attribuitole: funzione aggiudicatoria o regolatoria¹⁵⁹. Un uso diffuso degli impegni sembrerebbe tendere verso l'esercizio di una funzione regolatoria, ma è necessaria un'analisi approfondita della casistica per valutare come l'Autorità abbia effettivamente esercitato il potere di accettare gli impegni.

Al fine di ottenere un quadro ancora più chiaro è opportuno distinguere i tipi provvedimenti adottati per fattispecie (intese o abusi di posizione dominante) e anno solare:

In ordine a provvedimenti conclusi per fattispecie aventi ad oggetto intese anticoncorrenziali può essere

159 Si vedano F. S. Marini, *La concorrenza fra i poteri dello Stato: l'Autorità fra tradizione e innovazione*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti - P. Barucci, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010; Libertini M., *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, cit.; D'Alberti M., *Diritto della concorrenza regolazione in una prospettiva ultranazionale*, cit., C. Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè - Università degli studi Milano Bicocca, Milano, 2012; Cintioli F., *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti - P. Barucci, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010.

chiarificatore lo schema seguente che indica sul totale dei provvedimenti quanti impegni sono stati accettati:

Anno:	2006	2007	2008	2009	2010	2011
AGCM						
<u>Intese</u>	0	13	6	11	9	8
impegni	0	4	3	5	3	2
<hr/>						
Commissione						
<u>Intese</u>	10	15	7	7	9	4
impegni	3	4	0	1	2	0

Lo stesso criterio di sintesi è stato adottato per i provvedimenti emessi per fattispecie aventi ad oggetto abusi di posizione dominante:

Anno:	2006	2007	2008	2009	2010	2011
AGCM						
<u>Abusi di posizione</u>						
<u>dominante</u>	1	6	10	5	11	7
impegni	1	5	8	4	10	3
<hr/>						
Commissione						
<u>Abusi di posizione</u>						
<u>dominante</u>	2	2	2	5	4	3
impegni	1	1	1	4	4	2

Ebbene, alla luce delle tabelle appena esposte emerge che nell'ambito delle fattispecie aventi ad oggetto le intese, l'AGCM ha concluso in proporzione più impegni rispetto alla Commissione, la quale ha costantemente mantenuto una percentuale inferiore.

Per quanto concerne, invece, l'abuso di posizione di dominante le percentuali possono ritenersi quasi equivalenti.

La predetta analisi fondata unicamente sui numeri ha già evidenziato un certo disallineamento dell'Agcm rispetto alla *policy* della Commissione; tuttavia, occorre analizzare il contenuto degli impegni conclusi in sede comunitaria e italiana, per valutarne una concreta difformità.

3. La prassi comunitaria sugli impegni.

L'esame della prassi seguirà un ordine cronologico, analizzando alcune fattispecie affrontate dalla Commissione, così da valutare le scelte adottate nell'Unione europea e le eventuali discontinuità.

a) L'impegno concluso con la Repsol

Il primo impegno che si analizzerà è quello relativo alla *Repsol*; si tratta di un'ipotesi di limitazione di accesso al mercato nella fornitura di carburante per alcune stazioni dislocate in Spagna.

Nella specie erano previsti otto tipologie contrattuali a seconda della posizione giuridica che assumeva l'operatore della stazione (agente o rivenditore) e in base al tipo di contratto commerciale concluso con la Repsol che variava dall'usufrutto all'affitto¹⁶⁰.

¹⁶⁰ COMMISSION DECISION of 12 April 2006, relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty, (Case COMP/B-1/38.348 – REPSOL C.P.P.), p. 3 ss. *“INVESTIGATED PRACTICES: The investigated practices arise from agreements concluded by REPSOL CCP for the exclusive purchase of motor fuels by service station operators in Spain. The contractual partners of Repsol CPP in this respect are mostly family businesses which seldom operate more than one service station. There are eight different types of agreement depending, on the one hand, on the type of tenure of the service station and, on the other hand, on the nature of the commercial relationship between Repsol CPP*

and the service station operator. The different types of agreements are the following:

*(a) **The “CODO-agent” agreement.** Agreement for the distribution of fuel through service stations owned by Repsol CPP, the operator of which is a tenant. The operator has the status of agent.*

*(b) **The “CODO-retailer” agreement.** Agreement for the distribution of fuel through service stations owned by Repsol CPP, the operator of which is a tenant. The operator has the status of reseller.*

*(c) **The “DODO-agent” agreement.** Agreement for the distribution of fuel through service stations owned by their operators. The operator has the status of agent.*

*(d) **The “DODO-retailer” agreement.** Agreement for the distribution of fuel through service stations owned by their operators. The operator has the status of reseller.*

*(e) **The “Usufruct-agent” agreement.** Agreement between Repsol CPP and the owner of a service station by which the owner grants Repsol CPP a right in rem to the usufruct. As usufructuary, Repsol CPP simultaneously leases the service station to the bare owner or to a third party linked to the bare owner for the purposes of its operation. Upon expiry of the agreement, the bare owner automatically recovers full ownership of the service station. The transfer is accompanied by a fuel distribution agreement. The operator has the status of agent.*

*(f) **The “Usufruct-retailer” agreement.** Agreement between Repsol CPP and the owner of a service station by which the owner grants Repsol CPP a right in rem to the usufruct. As usufructuary, Repsol CPP simultaneously leases the service station to the bare owner or to a third party linked to the bare owner for the purposes of its operation. Upon expiry of the agreement, the bare owner automatically recovers full ownership of the service station. The transfer is accompanied by a fuel distribution agreement. The operator has the status of reseller.*

*(g) **The “Tenancy-agent” agreement.** Agreement between Repsol CPP and the owner of a plot of land by which the owner grants a tenancy right to Repsol CPP, which becomes owner of any existing or future buildings while its contractual partner retains ownership of the land. As owner of the buildings, Repsol CPP simultaneously leases the service station to the owner of the land or to a third party linked to the owner of the land for the purposes of its operation. Upon expiry of the agreement, the owner of the land automatically takes over ownership of the buildings. The transfer is accompanied by a fuel distribution agreement. The operator has the status of agent.*

*(h) **The “Tenancy-retailer” agreement.** Agreement between Repsol CPP and the owner of a plot of land by which the owner grants a tenancy right to Repsol CPP, which becomes owner of any existing or future buildings while its contractual partner retains ownership of the land. As owner of the buildings, Repsol CPP simultaneously leases the service station to the owner of the land or to a third party linked to the owner of the land for the purposes of its operation. Upon expiry of the agreement, the*

Le preoccupazioni manifestate dalla Commissione si incentrano sul pericolo che i predetti accordi potessero avere un effetto preclusivo del mercato, atteso il contesto giuridico ed economico in cui operavano e soprattutto l'eccessiva lunghezza temporale degli accordi DODO e di usufrutto, i quali variavano dai venticinque ai quarantenni.

Questa situazione creò delle “preoccupazioni” in capo alla Commissione su una possibile barriera all'ingresso del mercato di riferimento.

A seguito di queste preoccupazioni la Repsol ha presentato la proposta di impegni poi modificata e definitivamente accettata nei seguenti termini: la Repsol avrebbe concesso degli incentivi economici alle stazioni di servizio, avrebbe posto fine ai contratti di eccessiva durata, e avrebbe evitato di concluderne di nuovi, ed infine, non avrebbe più concluso i c.d. accordi DODO.

b) L'impegno concluso con la Bundesliga

Un altro impegno concluso a seguito di preoccupazioni di condotte anticoncorrenziali riconducibili al già art. 81 TCE è stato quello relativo ad un accordo di commercializzazione centralizzata dei diritti di sfruttamento televisivo e, dei media in generale, sulle partite di calcio maschili relative alla prima e seconda divisione del campionato di calcio tedesco¹⁶¹.

owner of the land automatically takes over ownership of the buildings. The transfer is accompanied by a fuel distribution agreement. The operator has the status of reseller
¹⁶¹ Commissione europea, 19 gennaio 2005, Bundesliga, in http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_37214

Nella parte introduttiva all'impegno, è spiegato il rapporto che intercorre tra la lega calcio ed i suoi membri, specificando che le norme previste nell'atto costitutivo sono vincolanti per tutti i membri, e aggiunge che la commercializzazione centralizzata riguarda tutti i tipi di trasmissione, dalla televisione alla *pay per view* alla trasmissione mediante UMTS¹⁶², "*all kinds of existing and future technical facilities*".

Le preoccupazioni in ordine alla concorrenza si incentrerebbero proprio a causa della centralizzazione in capo alla *Bundesliga* della commercializzazione dei diritti televisivi creando in tal modo tre problematiche: innanzitutto, a monte, impedirebbe ai singoli club di gestire i propri diritti televisivi, in particolar modo riguardo il prezzo, atteso che gli accordi di commercializzazione in ordine alla natura (durata) e prezzo sono interamente gestiti dalla Lega; ed infine, siffatta struttura determinerebbe un nocumento, a valle, per i mercati televisivi e per i nuovi mercati multimediali in via di espansione.

Sicché, a seguito di un lungo dialogo tra la lega e la Commissione europea cominciata prima dell'entrata in

¹⁶² Si veda p. 3 della decisione della Commissione europea in cui sotto il paragrafo "*joint marketing scheme*" si spiega che : "*Sections 3(2) and 11(1)(b) of the League Association's articles of incorporation stipulate that the articles of incorporation and rules of the DFB are directly binding on the League Association and its members, i.e. the licensed clubs.*

In addition, as regards the issuing of licences in accordance with Section 1(2) of the League Association's Statute/Section containing licensing rules, the clubs contractually comply with the articles of incorporation, statutes and rules of the DFB and the League Association.

5. As it itself stated on 29 July 2004, the DFB does not have or exercise any influence over the League's marketing arrangements.

6. The joint marketing covers all types of broadcasting right, and in particular free-TV, pay-TV, pay-per-view TV, terrestrial broadcasting, cable or satellite broadcasting, live or deferred broadcasting, showing of the entire event, of extracts or of compiled highlights, and radio. It also covers rights for all kinds of existing and future technical facilities, such as UMTS, the internet or business TV".

vigore del reg. 1/2003, la *Bundesliga* ha definitivamente presentato una proposta di impegno il 6 agosto 2005 con il quale si impegnavano di introdurre una procedura di commercializzazione trasparente e non discriminatoria, consentendo un accesso più semplice agli operatori televisivi radiofonici e multimediali¹⁶³, con accordi non superiori a tre stagioni.

¹⁶³ Per una sintesi della proposta di impegno si veda pagg. 7-8, in Commission Decision.

of 19 January 2005, relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty and Article 53(1) of the EEA Agreement (Case COMP/C-2/37.214 - Joint selling of the media rights to the German Bundesliga): *"The commitments are briefly summarised in what follows:*

27. The league rights are offered in several packages in a transparent, non-discriminatory procedure. The duration of the agreements concluded with both the agents and the sublicense holders will not exceed three seasons.

28. Live broadcasts of the Bundesliga and the 2. Bundesliga are offered by the League in particular in two packages, both for free TV and for pay TV programme suppliers. A third package entitles the acquirer of the live broadcast to at least two Bundesliga matches and to deferred highlight first coverage on free TV. A fourth package covers live games of the 2. Bundesliga and the rights to deferred highlight first coverage on free TV. Second and third exploitation rights are offered in a fifth package. Packages 3 to 5 can each be sold to several exploiters.

29. Package 6 contains the right to broadcast Bundesliga and 2. Bundesliga matches live and/or near-live on the Internet. From 1 July 2006, the package contains the right to broadcast the matches live and near-live. The League Association will, on every day on which games are held, offer a total of at least 90 minutes live coverage of the matches on the Internet, e.g. in the form of a conference channel. A seventh package comprises deferred highlights coverage. Package 8 contains the right to broadcast Bundesliga and/or 2. Bundesliga matches live and/or near-live and/or after the event on mobile phones. Package 9 confers the right to the deferred broadcast of excerpts from Bundesliga and/or 2. Bundesliga matches on mobile phones.

30. Every club can sell its home games to a free-TV broadcaster 24 hours after the match for one-off free-TV broadcasting of up to the full match within the EEA.

31. One and a half hour after the end of a match, every club can exploit a summary of its home and away games of up to 30 minutes on the Internet. From 1 July 2006, 8 after the end of the match every club can cover its home and away games on its homepage or that of a third party without restriction as to length. Every club can sell the coverage of its home games on mobile phone networks within the EEA to the operators of those networks. Every club can exploit its home games on free-to-air radio after the end of the match without restriction. In the case of live transmissions, exploitation may not exceed ten minutes per half.

32. The above-mentioned rights may not be sold in such a way that a product can be devised by an exploiter which clashes with the interests of the DFB and the League Association or the acquirers of packages 1 to 9 in having a uniform product and jeopardises the advantages of branding and the one-stop shop.

33. According to the parties' proposal, unused rights may be exploited by the clubs. However, the League Association remains entitled to parallel, non-exclusive marketing of the corresponding package. This applies when the Association has failed to sell certain rights covered by the joint selling procedure. If, 14 days after the

Alla luce degli impegni presi, la Commissione li ha ritenuti idonei a fugare qualsiasi preoccupazione di chiusura e/o di concentrazione del mercato, favorendo, peraltro, l'innovazione dei nuovi media.

c) L'impegno con la Apple Inc. e con i gruppi editoriali: Harper Collins, Holtzbrinck/Macmillan, Simon & Schuster.

Un recente impegno la cui analisi risulta interessante è quello concluso dalla Commissione europea avente ad oggetto il nuovo mercato degli e-book.

La Commissione, infatti, decise di aprire un'istruttoria nei confronti della Apple Inc. e dei quattro principali gruppi editoriali: Hachette Livre SA, Harper Collins Publishers Limited e Harper Collins Publishers, L.L.C. (congiuntamente «Harper Collins»), Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG e Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH (congiuntamente «Holtzbrinck/Macmillan»), Simon & Schuster, Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd e Simon & Schuster Digital Sales, Inc. (congiuntamente «Simon & Schuster»)¹⁶⁴, in quanto riteneva che vi fosse in atto una pratica concordata fra tali società, avente ad oggetto l'aumento dei prezzi al dettaglio nel mercato SEE.

first match day of the football year, no agreement with an exploiter is reached about one of the packages mentioned in paragraphs 28 and 29 in accordance with the rights defined therein, the clubs may, from that time until the end of the season, exploit their home games themselves in accordance with the rights covered by the unused exploitation package. Clubs are also entitled to sell rights where the holder of those rights, for no objective reason, fails to use them.

34. The changes relating to television and, as set out, partly relating to the Internet, will enter into force on 1 July 2006. All other changes apply from 1 July 2004. The transitional stage makes it possible to take gradual account of competition concerns without jeopardising the operation of the Bundesliga and the 2. Bundesliga. .

35. Future licence agreements are not covered by the marketing model presented. A separate examination under Community law cannot be ruled out in this respect, in particular where several centrally marketed packages with exclusive exploitation rights are cumulatively acquired by one exploiter."

164 Procedimento aperto anche nei confronti della Pearson/Pengune ancora in corso.

Nel corso di una complessa istruttoria, fra l'ottobre e il novembre 2012 sono stati presentati delle proposte di impegni dalle predette società poi modificati a seguito di osservazioni ricevute da terzi e infine resi vincolanti dalla Commissione il 12.12.2012.

Come sopra accennato le riserve espresse dalla Commissione attenevano alla preoccupazione di un accordo diretto e/o indiretto avvenuto fra i quattro gruppi editoriali attraverso la Apple per fissare dei prezzi al dettaglio sugli e-book più elevati, rispetto ai prezzi applicati dalla società Amazon.

Per fare ciò, hanno deciso di modificare il classico contratto di vendita all'ingrosso, con un contratto di agenzia in cui è l'editore a fissare i prezzi che il rivenditore dovrà applicare a valle, sicché anche Amazon si sarebbe ritrovata con un prezzo già imposto a monte e non suscettibile di modifica al ribasso.

Nel contratto tra i gruppi editoriali e i rivenditori vi era, peraltro, un clausola sul prezzo "NPF" in forza della quale ciascun editore avrebbe dovuto allinearsi per la vendita sull'IBOOKSTORE di Apple¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Sull'accordo concluso fra i quattro gruppi editoriali e la Apple, prima per il mercato degli USA e poi per il SEE si veda la ricostruzione effettuata dalla Commissione nella "COMMISSION DECISION of 12.12.2012 addressed to:

- Hachette Livre SA,

- HarperCollins Publishers Limited, HarperCollins Publishers, L.L.C.,

- Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG, Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck GmbH,

- Simon & Schuster Inc., Simon & Schuster (UK) Ltd, Simon & Schuster Digital Sales, Inc.,

- Apple, Inc.

relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement

Case COMP/39847 - E-BOOKS", pagg. 11 ss, "The agency agreements between each of the Four Publishers and Apple:

(36) Between 24 and 26 January 2010, each of the Four Publishers signed agency agreements with Apple in the United States, each containing the same key terms,

Alla luce di ciò la Commissione presenti diverse “preoccupazioni” ha ritenuto che, al fine di riportare il mercato degli e-book alla situazione anteriore alla pratica concordata sarebbe stato opportuno effettuare il c.d. “*competitive reset*”.

Al fine di raggiungere siffatto obiettivo le società presentarono dei progetti di impegni, i quali contenevano la proposta di risolvere i contratti di agenzia esistenti, concludere nuovi contratti privi della clausola sui prezzi “NPF”, e infine, per i quattro gruppi editoriali porre in essere un periodo *cooling off*¹⁶⁶ di due anni.

Alla luce di quanto esposto la Commissione ha ritenuto che gli impegni fossero proporzionati alle preoccupazioni espresse sul rispetto della concorrenza nel mercato degli e-book, sicché ha accettato gli impegni rendendoli vincolanti.

including the payment of a commission to Apple equal to 30% of the retail price paid by a consumer for an e-book purchased from the iBookstore, maximum retail price grids, and a retail price MFN clause for newly released e-books, referred to in recital(31). There tail price MFN obligation became effective with regard to each of the Four Publishers on 3April2010, the launching date of the iBookstore.(37) Each agreement provided that each of the Four Publishers is, in principle, free to set the retail price for its e-books titles. However, as regards newly released e-books, each agreement contained identical price grids with maximum retail price points, pegged to suggested hard cover retail prices, beyond which none of the Four Publishers could go. In addition, as regards newly released e-books that appear on the bestseller lists published by the New York Times, each agreement also contained identical maximum retail price points depending on the suggested retail price for the corresponding hardcover edition”.

¹⁶⁶ Sul periodo di *cooling off* si rinvia alla sintesi pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea del 13.3.2013, (2013/C73/07) in cui si specifica che nell’impegno presentato i quattro gruppi editoriali si sono impegnati in tal senso: “Per un periodo di due anni (il cd. «periodo di cooling off»), i quattro gruppi editoriali si impegnano a non restringere, limitare o impedire ai rivenditori di libri elettronici di stabilire, modificare o ridurre il prezzo al dettaglio dei libri elettronici e/o di offrire sconti e promozioni. Nel caso in cui, dopo la cessazione dei contratti di cui sopra, uno dei quattro gruppi editoriali concluda un contratto di agenzia con un rivenditore di libri elettronici, tale rivenditore potrà, per un periodo di due anni, ridurre i prezzi al dettaglio di libri elettronici per l’ammontare complessivo equivalente alle commissioni totali versate dall’editore a quel rivenditore per la vendita al pubblico di libri elettronici nell’arco di almeno un anno, e/o utilizzare di tale importo per proporre altre forme di promozione.”

Per quanto concerne, invece, gli impegni conclusi dalla Commissione a seguito su una preoccupazione di abuso di posizione dominante è opportuno citare gli impegni conclusi dalla Coca-cola, dalla Microsoft e da Debeers.

d) L'impegno concluso con la Coca-cola.

In ordine all'impegno concluso dalla Coca-cola Company (nota multinazionale delle bibite analcoliche), e dalle tre principali imprese di imbottigliamento per la Norvegia e l'Islanda Bottling Holdings (Luxembourg) sarl, Coca-Cola Erfrischungsgetränke AG e Coca-Cola Hellenic Bottling Company SA si rileva che le preoccupazioni riguardavano la fornitura delle bibite analcoliche gassate mediante il canale della distribuzione per il consumo domestico e per il consumo sul posto.

In particolare erano giunte diverse denunce poi formalizzate nella valutazione preliminare della Commissione *“riguardanti la fornitura esclusiva, gli sconti subordinati al raggiungimento di determinati obiettivi e soglie di acquisto e le pratiche consistenti nel far leva sul potere di mercato di svariate categorie di prodotto”*¹⁶⁷.

Al fine di fugare le preoccupazioni anticoncorrenziali, la Coca-cola e le società controllate si sono impegnate fino al 2010 ad astenersi dal compiere condotte presuntivamente anticoncorrenziali quali: concludere, salvo casi eccezionali, accordi di fornitura esclusiva; attribuire sconti a seguito del

¹⁶⁷ Si veda la Relazione finale del consigliere-auditore nel caso COMP/39.116 — Coca-Cola.

conseguimento di determinati obiettivi e scelte di acquisto, concedere contratti tendenzialmente illimitati nel tempo.

e) L'impegno concluso con De Beers.

Anche il noto impegno concluso con la *De Beers* da parte della Commissione, risulta di particolare rilevanza per l'oggetto dell'impegno, al di là delle vicende giurisprudenziali, già affrontate nel capitolo precedente.

Ancor prima dell'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, la Commissione aveva aperto un'istruttoria nei confronti della *De Beers* in cui era stato appurato un accordo commerciale fra quest'ultima e *Alrosa* per l'acquisto di diamanti grezzi.

Dopo l'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003, furono presentati delle proposte di impegni, e a seguito dei c.d. *market test*, la *De Beers* presentò una modifica al progetto di impegno che venne infine reso vincolante il 22.6.2006 (COMP 38.382).

L'impegno presentato, che incideva di fatto anche su *Alrosa* (e per cui sorsero i ricorsi giurisdizionali) consisteva in una progressiva diminuzione della quantità di diamanti grezzi che la *De Beers* avrebbe acquistato da *Alrosa* al fine di eliminare la barriera all'ingresso nel predetto mercato¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Per una più completa chiarezza dell'impegno, si riporta quanto esposto dalla Commissione nelle conclusioni in "*COMMISSION DECISION of 22 II 2006 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/B-2/38.381– De Beers)*": "*In its commitments, De Beers has undertaken to modify its market conduct in various ways. The Commission considers that these commitments are sufficient to address the competition concerns identified in its preliminary assessment. In particular, following a transitional period from 2006 to 2008 during which De Beers' purchases will be reduced and which is necessary to build a competitive distribution system for the quantities of diamonds previously sold by De Beers, De Beers undertakes to refrain from all purchases of rough diamonds from ALROSA as of 2009. By freeing up the portion of diamonds from ALROSA*

f) *L'impegno concluso con la Microsoft (tying).*

Un altro impegno concluso dalla Commissione a seguito di preoccupazione su un abuso di posizione dominante è quello che ha interessato la Microsoft.

In particolare, accertata l'indiscussa posizione dominante di *Microsoft* fra i sistemi operativi per i client pc, veniva contestata la vendita del *browser* di accesso a internet denominato "*internet explorer*" nel pacchetto *Windows* (c.d. *tying*), impedendo o comunque restringendo l'ingresso per altri operatori nel mercato dei *browsers* di accesso alla rete internet.

E' stato, tuttavia, rilevato che oggi moltissimi *browsers* possono essere scaricati facilmente dalla stessa rete internet, sicché la barriera da superare consiste perlopiù nell'inerzia del singolo a non utilizzare il programma preinstallato.

Tuttavia, si è comunque ritenuta presente una restrizione di accesso al mercato e sono stati proposti dalla multinazionale progetti di impegni, con cui si impegnava a modificare nel successivo sistema operativo la schermata iniziale, consentendo al consumatore la scelta fra i vari principali *browsers* disponibili.

La Commissione valutava gli impegni conformi al principio di proporzionalità secondo l'impostazione della

previously resold by De Beers and, upon lapse of the transitional period, by discontinuing De Beers' purchase relationship with ALROSA entirely, the commitments address the concern of reducing access to a viable source of alternative supply of rough diamonds and hindering the second biggest competitor from fully competing with De Beers. (...)".

sentenza t-170/06 caso *Alrosa*, si veda cap II §xy), e li rendeva vincolanti¹⁶⁹.

¹⁶⁹ A tal proposito val la pena riportare integralmente il dettagliato giudizio di proporzionalità espresso dalla Commissione in “COMMISSION DECISION of 16.12.2009, relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/39.530 – Microsoft (tying))”, “PROPORTIONALITY OF THE COMMITMENTS” : “According to settled case law, the principle of proportionality requires that the measures adopted by institutions of the European Union must not exceed what is appropriate and necessary for attaining the objective pursued.

(97) The Commission takes the view that the Commitments are appropriate and necessary to address the concerns identified in the Statement of Objections. In assessing the main comments in response to the market test and the Complainant's submissions, the Commission has already

indirectly examined certain elements of the proportionality of the Commitments. However, recitals (98) to (112) set out the Commission's main points in this regard.

(98) The Commitments are appropriate as they address the Commission's competition concerns regarding potential foreclosure effects, the limitation of innovation in web development through the tying of Internet Explorer to Windows, and the potential reinforcement of Microsoft's position on the client PC operating system market.

(99) Pursuant to the Commitments, Microsoft will no longer contractually oblige OEMs to ship Internet Explorer with Windows PCs.

(100) Microsoft will also not retaliate against OEMs for installing competing web browsers. As explained in recital (85), OEMs will therefore be able to freely choose between competing offerings as regards the web browsers to be installed on the PCs which they ship. The Commitments therefore meet the preliminary concerns of the Commission, as expressed in the Statement of Objections, with respect to the coercion of OEMs.

(101) Moreover, Microsoft will allow OEMs to turn off Internet Explorer in Windows 7 and subsequent versions of Windows and provide the technical means to do so. In this regard, it would be technically very difficult to turn Internet Explorer off in earlier versions of Windows (XP

and Vista). In any case, new sales of those versions in the EEA are likely to be very limited in the future compared to those of Windows 7.

(102) Users will also be able to turn Internet Explorer off in Windows 7. For the reasons set out in recital (101), the Commission does not consider that it is material that users will not be able to turn Internet Explorer off in previous versions of Windows.

(103) Furthermore, as explained in recital (88), under the Commitments, the choice screen will be presented by Microsoft to a very large number of Windows users essentially covering: (a) all users of newly purchased PCs within the EEA which have Internet Explorer set as the default browser and (b) all existing users within the EEA who have Internet

Explorer as a default browser, provided they subscribe to Windows Update. It is thereby ensured that the choice screen will reach the vast majority of current and future Windows users in the EEA in an effective way. Through the medium of the choice screen, those users will have a

specific opportunity to choose and install competing web browsers.

Importantly, the users will be able to make that choice in an informed manner and in a technically straightforward environment. It is appropriate to limit the distribution of the choice screen to users who have Internet Explorer set as the default browser as opposed to other web browsers as explained in recital (87).

(104) The distribution of the choice screen through Windows Update requires minimum user activity for the choice screen to reach the user and does not necessitate the involvement of third parties in distributing competing web browsers which could in and of itself jeopardize the effectiveness of the measure. The Commitments are therefore suitable for providing rival web browsers with an

E' necessario segnalare, tuttavia, che recentemente è stato accertata da parte della Commissione una violazione

effective opportunity to compete on the merits with Internet Explorer and for enhancing competition on the web browser market by removing Microsoft's artificial distribution advantage and by informing users about available web browser choices. The Commitments will carry benefits for consumers by improving choice and encouraging innovation.

(105) It follows that the Commitments remove the Commission's concerns with respect to the potential artificial distribution advantage for Microsoft in the web browser market brought about by the tying of Internet Explorer to Windows.

(106) Enhanced competition in the web browser market which could result from the implementation of the Commitments would also substantially weaken the network effects that the Commission preliminarily identified in the Statement of Objections as currently favouring Internet Explorer.

(107) More competition should also lead to a more widespread use of web browsers which run on multiple operating system platforms. This would in turn contribute to weakening the network effects in favour of Windows, the only operating system on which Internet Explorer runs.

The implementation of the Commitments would therefore also address the Commission's preliminary concerns regarding the reinforcement of Microsoft's position in the client PC operating system market.

(108) The Commission also considers that the Commitments are necessary as there is no equally effective but less onerous remedy known to it.

Specifically with respect to third parties, there is no evidence showing that the Commitments would have adverse effects on their interests.

(109) The interests of OEMs are not unduly affected by the Commitments. There is, in particular, no obligation imposed on them to undertake any steps in the distribution of the choice screens let alone of competing web browsers themselves. Should OEMs perceive a commercial need to provide support and respond to user queries in relation to the implementation of the Commitments and thereby incur costs, such a need would fall under the risks that must be borne by any economic operator in an open market economy.

(110) Moreover, the Commitments do not unduly affect the interests of vendors of web browsers. On the contrary, inclusion on the choice screen would be an additional means for them to gain market share. In any case, if a vendor does not wish to have its web browser included in the choice screen, that browser will not be included.

(111) As explained in recitals (78) and (79), the Commission also considers that the two year review clause in the Commitments, as supplemented by the reporting mechanism, is appropriate in the circumstances of this case. The Commission considers the preparatory period of thirteen

weeks referred to in point (a) of recital (72) appropriate, especially in view of the fact that the roll-out to all current Windows XP and Windows Vista users has to be essentially completed within 5 months after adoption of this Decision and thus within a relatively short period considering the large number of users concerned.

(112) The Commitments will be made binding on Microsoft for a total period of five years. That period is adapted to a fast-evolving industry, where the functionality and use of the products may significantly change within short time frames. However, it is long enough to remedy what the

Commission preliminarily considered to be a long standing abuse, and to present most Windows users in the EEA with a choice of web browsers.

The Commission preliminarily found that many users are not sufficiently informed about web browsers and the fact that non-Microsoft web browsers can be downloaded. The Commission considers that a period of time is necessary to give users the possibility to inform themselves and to exercise choice and for those choices to have an impact on the market. It is therefore concluded that a period of five years is proportionate."

dell'impegno descritto, sicché è stata applicata un'ammenda pari a € 561.000.000,00 pari all' 1,02% del fatturato luglio 2011-giugno 2012.

La violazione intervenuta è consistita proprio nella mancata previsione della schermata che consentisse la scelta fra i vari programmi di accesso a internet¹⁷⁰.

Gli impegni esposti, eccetto quello sugli e-book, sono tutti riconducibili a condotte c.d. foreclosure, ovvero a condotte che limitano fortemente l'accesso al mercato.

Ed invero, la *Repsol* impediva l'accesso ai nuovi distributori, la *Bundesliga* determinava uno sfruttamento dei diritti televisivi poco trasparente, la *Coca-cola* impediva l'accesso ai canali di distribuzione e la *De Beers* bloccava l'accesso al mercato dei diamanti grezzi, mentre la Microsoft limitava (rectius: continua a limitare) la scelta del browser da installare sul sistema operativo.

A ciò si aggiunga che in tutti i casi, ivi incluso il caso e-book, l'impegno assunto incide direttamente sulle preoccupazioni anticoncorrenziali, neutralizzando la temuta condotta anticoncorrenziale.

Il contenuto e la tipologia degli impegni consente, peraltro, di perimetrare i casi in cui è opportuno concludere un impegno e quando, invece, risulta più adeguata la prosecuzione dell'istruttoria, al fine di comminare una sanzione; la predetta delimitazione consentirebbe anche alle

¹⁷⁰ Si veda G.U. dell'Unione europea del 26.4.2013 C120/15, in "Sintesi della decisione della Commissione del 6 marzo 2013 relativa a un procedimento di imposizione di un'ammenda a norma dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera c), del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio per mancato rispetto di un impegno reso vincolante mediante decisione della Commissione ai sensi dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio [Caso COMP/39.530 — Microsoft (vendita abbinata)]".

Autorità nazionali di orientarsi anche per le decisioni che competono loro, anche al fine di raggiungere un'omogeneità di decisioni, necessarie per l'integrazione dei mercati.

L'inciso "*nei limiti del diritto comunitario*" previsto dall'art. 14 *ter* della l. n. 287/90 disciplinanti gli impegni in Italia, va, infatti, inteso comprensivo anche delle modalità di applicazioni del diritto comunitario. A tal proposito si veda anche il già citato Memorandum sull'art. 9 del reg. 1/2003 in cui, ad esempio, vi è l'espresso divieto di concludere impegni a seguito di preoccupazioni di intese *hardcore* (cartelli sui prezzi o ripartizione del mercato).

Oltre alle intese c.d. *hardcore* la dottrina non reputa opportuno concludere un impegno anche qualora la condotta sia di comprovata matrice dolosa quali ad esempio i prezzi predatori¹⁷¹.

Diversamente, oltre alle ipotesi riconducibili alle condotte esaminate (pratiche escludenti) si potrebbe ritenere appropriato concludere un impegno qualora la condotta sia particolarmente complessa o riguardi un mercato caratterizzato da un alto tasso di novità.

A tal proposito si veda l'impegno conclusosi nel 2012 sugli e-book, in cui la stessa Commissione, fra le righe, parla di mercato nuovo e ancora in parte con dinamiche sconosciute¹⁷².

Ed invero, gli impegni sugli e-book, sembravano discostarsi nettamente dai tipi di condotte analizzate e per

¹⁷¹ A tal proposito si veda, C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁷² Si veda A. PERA - M. CARPAGNANO, *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un'analisi comparata*, in *Contratto e Impresa/Europa*; si veda anche MEMO/04/217;

cui si era reso vincolante l'impegno, pur tuttavia, il mercato degli e-book è indubbiamente un mercato nuovo, e probabilmente la Commissione, in questo caso specifico, ha preferito assumere una posizione "attendista" ed aspettare le future dinamiche prodotte nel mercato dei libri digitali.

4. La prassi italiana sugli impegni.

Conclusa l'analisi della prassi comunitaria, è il caso di analizzare l'applicazione dello strumento degli impegni da parte dell'AGCM.

a) L'impegno concluso con la Vodafone s.p.a.

Un primo caso da analizzare è quello che ha avuto ad oggetto alcune delle principali società di telefonia mobile italiana: la Telecom s.p.a. (già TIM s.p.a.) la Vodafone e la Wind, a seguito di una denuncia presentata dalla Tele2 Italia s.p.a. e da altre compagnie che dichiaravano l'impossibilità per loro di accedere all'ingrosso nelle infrastrutture di rete GSM, in possesso di TIM Vodafone e Wind, le quali si rifiutavano di negoziare.

Tim Vodafone e Wind, infatti, a dire dei denunciati, si rifiutavano di consentire l'attività di operatore virtuale di rete mobile, di fornire servizi avanzati (ESP), impedivano il commercio all'ingrosso per la rivendita di tempo di conversazione (ATR- *Air Time Reseller*); infine avevano offerto servizi di terminazione fisso-mobile alle proprie

divisioni commerciali per la clientela affari a prezzi inferiori rispetto a quelli offerti ai propri concorrenti.

A seguito dell'apertura dell'istruttoria, la Vodafone presentava una proposta di impegni, poi parzialmente modificata, con cui dichiarava di aver concluso due accordi uno con la Carrefour s.p.a., e l'altro, anch'esso definitivo con la BT (British Telecom) Italia; in particolare, si era accordata con quest'ultimo affinché la BT Italia potesse offrire alla clientela in piena autonomia un'ampia gamma di servizi GSM UMTS, GPRS e servizi integrati quale fisso-mobile/mobile-mobile.

Il predetto accordo è stato interpretato dall'Autorità come un'apertura del mercato, sicché ha reso vincolante l'impegno e contestualmente ha chiuso l'istruttoria nei confronti della Vodafone s.p.a.¹⁷³.

Diversamente gli altri due operatori interessati dall'istruttoria di sfruttamento abusivo di posizione dominante hanno ricevuto una sanzione pari a € 20.000.000,00 attesa la gravità della condotta e la durata della stessa¹⁷⁴.

b) L'impegno concluso con le case editrici per i libri scolastici.

Un altro impegno concluso dall'AGCM che merita di essere segnalato è quello presentato dalle principali case

¹⁷³ A357 - TELE2/TIM-VODAFONE-WIND, Provvedimento n. 18286 del 24.4.2007, in [www. Agcm.it](http://www.Agcm.it).

¹⁷⁴ Sulla ricostruzione della vicenda si veda la relazione annuale relativa all'anno 2007 presentata dall'AGCM.

editrici italiane che occupano il mercato dei libri scolastici, e in particolare: la Casa Editrice Giuseppe Principato Spa, la De Agostini Edizioni Scolastiche Spa, le Edizioni Il Capitello Spa, Edumond Le Monnier Spa (ora Mondatori Education Spa), la Giunti Scuola Srl, la Pearson Paravia Bruno Mondatori Spa, RCS Libri Spa, la Società Editrice Internazionale per azioni - SEI e Zanichelli Editore SpA¹⁷⁵.

Ed invero, l'AGCM aveva aperto un'istruttoria nei confronti delle case editrici, appena citate, perché riteneva che vi potessero essere delle pratiche anticoncorrenziali sulla determinazione dei prezzi, atteso che vi era un'elevata autonomia dell'editore sulla determinazione del prezzo dei libri scolastici c.d. libri adozionali; ciò dipendeva anche da una forte staticità di domanda e offerta nel settore, aggravata dalla presenza di un database a cui tutti gli editori potevano accedere, consentendo così di conoscere le pratiche degli altri competitors, oltre ai già riscontrati contatti diretti fra gli editori.

Alla luce di ciò, i soggetti interessati dall'istruttoria presentarono una proposta di impegni, accettata dall'Autorità, consistente: *“i) nell'offerta di strumenti didattici innovativi, nel supporto ad iniziative di pubbliche amministrazioni a favore degli studenti e nel comodato d'uso presso gli istituti scolastici; ii) nella realizzazione di un libro light plus di prezzo inferiore al corrispondente libro di testo tradizionale; iii) nello sviluppo, nella realizzazione e nella commercializzazione di contenuti digitali innovativi, nonché*

¹⁷⁵ I692 Mercato dell'editoria scolastica. Provvedimento 18286 del 24.4.2008 in www.agcm.it.

di una collana di libri di testo a prezzo ridotto; iv) nella promozione del noleggio e del comodato d'uso dei libri adozionali e nel contenimento della spesa per la dotazione libraria, attraverso l'integrazione dei testi con sussidi cartacei e multimediali."¹⁷⁶

c) *L'impegno concluso sul prezzo dei carburanti.*

Di notevole rilievo risulta essere l'impegno concluso con le società petrolifere presenti nel territorio italiano: Eni Spa, Esso Italiana Srl, Kuwait Petroleum Italia Spa, Shell Italia Spa, Tamoil Italia Spa, Total Italia Spa, API Anonima Petroli Italiana Spa, ed ERG Petroli Spa¹⁷⁷.

A seguito di una segnalazione dell'Associazione Nazionale Artigiani e Piccole e Medie Imprese del Trasporto Merci, era stata aperta un'istruttoria per accertare un'intesa sui prezzi del carburante per autotrazione sul territorio nazionale riportanti i marchi Agip, Api, Erg, Esso, IP, Q8 Shell, Tamoil e Total¹⁷⁸.

In altri termini, vi era la preoccupazione che le predette società applicassero i medesimi prezzi di carburante in modo parallelo attraverso un contatto effettuato tramite la pubblicazione sulle riviste di settore in cui indicavano i prezzi che avrebbero applicato, ancor prima rispetto alla

¹⁷⁶ Per la ricostruzione della fattispecie in esame si veda la relazione dell'agcm sull'attività dell'anno 2008, pagg 122 ss.

¹⁷⁷ I681 - PREZZI DEI CARBURANTI IN RETE, *Provvedimento n. 17754*, in *www.agcm.it*.

¹⁷⁸ Per la ricostruzione della fattispecie in esame si veda la relazione dell'agcm sull'attività dell'anno 2007, p. 44 ss.

pubblicazione prevista sul sito del Ministero dello Sviluppo economico.

Inoltre i pochi operatori sul mercato (circa otto) impedivano l'ingresso di nuovi operatori.

Alla luce di queste preoccupazioni, le società oggetto di istruttoria hanno proposto impegni, accettati, in forza dei quali si impegnavano a non pubblicare più anticipatamente i prezzi, al fine di evitarne il parallelismo, e inoltre, al fine di aprire l'accesso al mercato favorivano i distributori *self-service* applicando maggiori sconti e differenziando i prodotti offerti.

d) L'impegno concluso con Audipress.

A seguito di una segnalazione pervenuta dalla Metro Srl, società che divulga un quotidiano gratuito, è stata aperta un'istruttoria a carico dell'Audipress e dell'Ads, in quanto quest'ultime negavano alla Metro di accedere alle certificazioni sulla diffusione fra gli utenti del quotidiano.

In altri termini, le due associazioni Audipress e Ads certificavano annualmente ai quotidiani a pagamento i dati sulla diffusione del giornale e sul tipo di clientela, affinché si potesse attribuire un rating al valore degli spazi pubblicitari; i quotidiani gratuiti, invece, non potendo accedere alla certificazione erano privi del dato necessario per avere una corretta valutazione economica degli spazi pubblicitari e, in tal modo, subivano una forte discriminazione a favore dei giornali a pagamento.

A seguito delle criticità espresse dall'AGCM l'Audipress presentava una proposta di impegni con cui eliminavano lo squilibrio attraverso una modifica del proprio regolamento mediante il quale eliminavano per tutti i tipi di giornali la preventiva certificazione; si impegnava inoltre ad utilizzare la medesima qualità e tipo di indagine sia per la diffusione dei quotidiani a pagamento sia per i gratuiti¹⁷⁹.

Sicchè l'AGCM ha ritenuto l'impegno idoneo e l'ha reso vincolante¹⁸⁰.

e) L'impegno sugli Accordi interbancari "ABI-CoGeba"

Gli impegni in oggetto vennero conclusi a seguito di un'istruttoria aperta sul sospetto che - sia gli accordi interbancari predisposti dall'Associazione Banche Italiane sull'incasso dei crediti "RIBA" (ricevuta bancaria elettronica) e sui RID, sia gli accordi stipulati dalla Convezione per la Gestione del marchio Bancomat che predispongono il servizio per il prelievo bancomat presso gli sportelli convenzionati - celassero un'intesa sul prezzo per i servizi, atteso che le commissioni interbancarie erano fissate in modo centralizzato e uniforme per tutte le Banche.

Era stato, peraltro, riconosciuto che le suddette commissioni avevano un'ampia diffusione sulla clientela e riscoprivano un importante ruolo nelle voci di costo e ricavi.

L'AGCM nel 2007 ha ritenuto idoneo l'impegno con cui l'ABI e la CoGeBan promettevano di eliminare due

¹⁷⁹ Per la ricostruzione della fattispecie in esame si veda la relazione dell'agcm sull'attività dell'anno 2007

¹⁸⁰ I651 - A.D.S. ACCERTAMENTI DIFFUSIONE STAMPA- AUDIPRESS

commissioni e di rimodularne una terza, attribuendo, al contempo, maggiore trasparenza all'intero sistema¹⁸¹.

f) L'impegno concluso la Merck & Co Inc. Merck Sharp & Dohme (Italia).

L'AGCM aveva aperto nel 2005 un'istruttoria per sfruttamento abusivo di posizione dominante ex art. 82 TCE, a seguito del rifiuto di licenze relative al "farmaco Impipenem Cilastatina" rientrante fra gli antibiotici denominati "Carbepenemi".

In via cautelare era stato disposto la cessione della licenza del farmaco, sicchè sono stati presentati degli impegni che tuttavia avevano ad oggetto la cessione di licenze gratuite per un altro farmaco e specificamente gli inibitori del testosterone-5 – alfa redattasi appartenente al principio attivo "finasteride".

Sicchè l'agcm concludeva l'impegno, e non accertava l'infrazione, ancorchè le licenze oggetto di istruttoria riguardavano un altro farmaco rispetto a quello per cui era stato accettato l'impegno¹⁸².

5. Il disallineamento tra la prassi comunitaria e la prassi italiana.

Dai dati fin qui forniti, emerge un chiaro disallineamento fra gli impegni assunti in sede comunitaria e gli impegni assunti in sede italiana.

¹⁸¹ Per la ricostruzione della fattispecie in esame si veda la relazione dell'agcm sull'attività dell'anno 2007; impegni I725 - ACCORDI INTERBANCARI "RIBA-RID-BANCOMAT" , *Provvedimento n. 20510*.

¹⁸² A364 - MERCK-PRINCIPI ATTIVI, *Provvedimento n. 16597*.

Innanzitutto, il dato quantitativo fra le istruttorie aperte le sanzioni comminate e gli impegni conclusi, esposte nei paragrafi precedenti, fa emergere, come già accennato, un approccio differente.

A tal proposito, è opportuno sottolineare che non tutta la dottrina assume una posizione critica sulla condotta assunta dall'AGCM.

Ed invero, se da una parte, vi è una chiara presa di posizione sull'uso distorto dello strumento, dall'altra parte, invece, parte della dottrina ravvede una tendenziale omogeneità fra gli impegni resi vincolanti dalla Commissione e quelli assunti in AGCM¹⁸³.

Tuttavia, il dato numerico è ineludibile, e da un'attenta analisi non può sfuggire che l'ampia propensione dell'Agcm ad accettare impegni produca, inevitabilmente, un forte affievolimento della funzione deterrente garantita dalla sanzione pecuniaria.

A ciò si aggiunga, analizzando il piano sostanziale, la forte differenza fra la tipologia di impegni conclusa in sede comunitaria e quella conclusa in Italia.

¹⁸³ Sull'aspra critica circa l'utilizzo degli impegni si vedano A. PERA - M. CARPAGNANO, *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un'analisi comparata*, in *Contratto e Impresa/Europa*; L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante, in mercato concorrenza e regole*, cit.; A. GIANNACCARI C. LANDI, *Antitrust?Grazie abbiamo altri impegni!*, in *mercato, concorrenza e regole*, 2012;contra C. RABITTI BEDOGNI, *L'Autorità garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. Rabitti - P. Barucci, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010 ; A. Catricalà, (allora presidente dell'agcm), *L'antitrust fra regolazione e mercato*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.

Dai dati indicati e dall'analisi effettuata, con il conforto della dottrina¹⁸⁴, è pacifico affermare che gli impegni conclusi dalla Commissione avevano e hanno principalmente ad oggetto preoccupazioni relative a pratiche che incidono sull'ingresso nel mercato di altri concorrenti, pratiche c.d. di *foreclosure*.

Basti citare i casi precedentemente esaminati quali la *Repsol*, *Microsoft*, *DeBeers*, e *Coca-cola*; casi di istruttoria aperta sia per presunte intese, sia per presunti abusi di posizione dominante, ma che comunque avevano come preoccupazione l'esclusione di altri *competitors* dal mercato.

Questi impegni, peraltro, risultano, conformi al più volte citato MEMO/04 in ordine al divieto delle intese c.d. *hardcore*, sia al Considerando n. 13 relativamente al divieto di concludere impegno quando si dovrebbe irrogare una sanzione.

A ciò si aggiunga l'attenzione della Commissione nel motivare l'assunzione dell'impegno sotto il profilo del principio di proporzionalità nei termini dell'adequatezza e necessità¹⁸⁵.

Di contro, gli impegni conclusi in AGCM, hanno avuto ad oggetto preoccupazioni sorte per ipotesi di violazioni molto variegata fra di loro.

Nei soli impegni analizzati si possono già scorgere: ipotesi di mancato accesso a un mercato (Tele2), ipotesi di cartello

¹⁸⁴ C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè - Università degli studi Milano Bicocca, Milano, 2012;

¹⁸⁵ Si veda fra tutti il caso Microsoft (tying) in nota 16, la cui analisi esordisce in questi termini "According to settled case law, the principle of proportionality requires that the measures adopted by institutions of the European Union must not exceed what is appropriate and necessary for attaining the objective pursued."

dei prezzi (editoria scolastica, prezzo sui carburanti e accordi interbancari) ipotesi di discriminazioni fra medesimi competitors (Audipress) e ipotesi di abuso di posizione su licenze di medicinali (Merck).

Fra le fattispecie analizzate in cui l'AGCM ha assunto un impegno spiccano i tre casi in cui le preoccupazioni avevano ad oggetto intese sui prezzi; siffatti impegni, dunque, non potrebbero considerarsi in linea con *“i limiti previsti dall'ordinamento comunitario”*.

Ed invero, come già più volte sottolineato l'inciso presente nell'art. 14 ter della l.n. 287/90 è interpretato in senso ampio, comprendente non soltanto la disciplina delle fonti comunitarie vincolanti, ma anche l'interpretazione delle norme divulgata tramite la giurisprudenza comunitaria, e la prassi radicata in sede comunitaria attraverso le comunicazioni o i memorandum della Commissione¹⁸⁶.

La preoccupazione su un'ipotesi di cartello sul prezzo rientra, infatti, fra le c.d. intese *hardcore*, e un'istruttoria chiusa con un impegno, per questi specifici casi, richiederebbe almeno una motivazione che giustifichi l'eccezionalità della decisione.

Altro problema di coordinamento con i limiti appena esaminati, consiste nella conformità al considerando n. 13 sul divieto di concludere un impegno qualora si debba irrogare una sanzione.

¹⁸⁶ Si veda anche che parte della giurisprudenza amministrativa italiana ha interpretato il limite della conclusione di impegni su intese *hardcore* come non vincolanti, ma legati a ragioni di opportunità: TAR Lazio, I, sentenza 31 dicembre 2008, 12535; Tar Lazio n. 14157/2007; nonché si veda anche la considerazione espressa negli stessi termini dall'allora presidente dell'AGCM A. Catricalà, *L'antitrust fra regolazione e mercato, in 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit.

Ad esempio nel caso degli accordi interbancari, (presunto cartello sulle commissioni), si è ritenuto di accettare l'impegno nonostante il tipo di violazione e il sostanziale accertamento della violazione stessa. Nella relazione, infatti, emerge chiaramente che l'AGCM nutriva più di una preoccupazione sull'intervenuto accordo.

Altri casi che destano qualche perplessità sono quelli relativi agli impegni conclusi con Audipress e Vodafone, ove invece i competitors, nei cui confronti era stata aperta contestualmente un'istruttoria per il medesimo motivo, hanno ricevuto la comminazione di una sanzione e, allora, probabilmente l'AGCM non avrebbe dovuto accettare i predetti impegni e comminare a tutti i soggetti sotto istruttoria una sanzione.

Altro aspetto da valutare è l'incidenza causale dell'impegno proposto sulla preoccupazione anticoncorrenziale.

Vi è stato già modo di osservare che gli impegni conclusi dalla Commissione europea avevano una perfetta corrispondenza con la preoccupazione manifestata; l'impegno proposto neutralizzava la condotta presuntivamente anticoncorrenziale.

Negli impegni appena analizzati non è presente la medesima corrispondenza.

Nel caso dell'editoria scolastica, manifestate diverse preoccupazioni, fra cui quelle sui prezzi, gli impegni hanno avuto ad oggetto il rafforzamento della trasparenza e degli strumenti innovativi nelle scuole, non affrontando il cuore

del problema ovvero, un'offerta sul prezzo dei libri anelastica e non diversificata.

Nel caso degli accordi interbancari, innanzi ad una preoccupazione sulla decisione centralizzata delle commissioni da applicare, si è deciso per la rimodulazione di una commissione e sull'eliminazione di altre due, in luogo di una decentralizzazione della fissazione delle commissioni, al fine di creare maggiore concorrenza fra i gruppi bancari.

Per quanto concerne il caso della società farmaceutica Merck, invece, l'impegno ha avuto ad oggetto la diffusione gratuita di tutt'altra licenza rispetto a quella per cui era stata aperta un'istruttoria, creando una inesauribile discrasia fra il presunto illecito anticoncorrenziale e l'impegno assunto¹⁸⁷.

Siffatta modalità di conclusione degli impegni crea anche delle problematiche sulla conformità con il principio di proporzionalità, in particolar modo, per quanto concerne l'idoneità dell'accordo. Ed invero, come esposto nel capitolo primo, il parametro dell'idoneità dell'accordo si fonda sulla capacità dell'impegno ad eliminare la presunta condotta distorsiva, oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità antitrust.

Dall'analisi effettuata emerge, invece, che l'Agcm ha concluso gli impegni, perché considerato lo strumento più veloce e quindi (probabilmente) il più efficace per il buon funzionamento del mercato ed il benessere dei consumatori,

¹⁸⁷ Si vedano le critiche mosse da L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, cit.

ma perdendo di vista la ratio dello strumento che mira appunto ad eliminare una condotta specifica e non a raggiungere un risultato più ampio.

Le decisioni assunte con gli impegni dall'AGCM vanno, invece, oltre la specifica preoccupazione, nel tentativo, di andare al di là della singola fattispecie per incidere significativamente su un dato mercato. Caso paradigmatico, in tal senso, sembra essere quello sulla casa farmaceutica Merck in cui si incide su un mercato differente rispetto a quello della violazione; o ancora quello sull'editoria scolastica che attraverso l'impegno promuove gli strumenti innovativi nelle aule scolastiche.

Alla luce di quanto finora esposto, occorre ora valutare come l'utilizzo degli impegni nei termini sopra esposti, abbia inciso sulla natura delle funzioni attribuite all'AGCM; in particolare occorre valutare come sia stata esercitata la c.d. funzione regolatoria.

Come infatti già ampiamente trattato nel capitolo secondo, l'introduzione dello strumento degli impegni ha attribuito un potere discrezionale più ampio rispetto all'irrogazione di una sanzione.

E' stato già affrontato il concetto della funzione regolatoria e la sua compatibilità con la struttura dell'AGCM, ciò sui cui adesso è il caso di soffermarsi, è se la concreta applicazione degli impegni si discosti dalla funzione descritta.

Nel secondo capitolo la funzione regolatoria è stata intesa come "una pratica volta al raggiungimento di *"interventi*

*negoziati, consensuali e più persuasivi che cogenti*¹⁸⁸, pratica affidata alle Autorità, indipendenti dall'esecutivo.

Si era anche sottolineato che non si trattava della funzione intesa in senso tradizionale riconducibile alla pianificazione industriale.

Come sopra accennato, gli impegni assunti con l'AGCM, oltre al disallineamento con la prassi comunitaria, si sono caratterizzati anche per la difformità fra la condotta promessa nell'impegno e l'illecito anticoncorrenziale contestato.

Da parte della dottrina, il contenuto diverso e talora più ampio della singola fattispecie è stato proprio giustificato con il tentativo dell'Autorità di raggiungere un obiettivo più ampio e ulteriore alla singola fattispecie, ovvero il raggiungimento del buon funzionamento del mercato, o meglio, il tentativo di risolvere problemi concorrenziali di sistema¹⁸⁹, attraverso uno strumento che nasce per eliminare una puntuale e presunta infrazione¹⁹⁰.

Descritta la modalità di conclusione degli impegni in siffatti termini, emerge un esercizio del potere discrezionale

¹⁸⁸ In siffatti termini M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il mulino, Bologna, 2008, descrive il nuovo modo di intendere la regolazione dei mercati. L'Autore a p.89 ritiene che ormai vi sia *"il superamento di forme di regolamentazione dettagliata e pervasiva, a beneficio di discipline fondate su criteri, standard e principi generali; l'affidarsi a regolatori indipendenti dal mercato e dalla politica"*.

¹⁸⁹ Si veda il caso *Merck*, A364 - MERCK-PRINCIPI ATTIVI, *Provvedimento n. 16597*.

¹⁹⁰ Risulta cristallino L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, cit, il quale a pag. 248-249 assume che *"Nelle decisioni con le quali rende obbligatori gli impegni presentati l'Autorità antitrust, al fine di tutelare il mercato e soddisfare il benessere dei consumatori, sembra operare più come medico generico, che come un chirurgo, preoccupandosi più del sistema, che non del male da asportare"*.

più ampio rispetto a quello espresso dal dato normativo, sia dal punto di vista quantitativo che contenutistico.

Ed invero, come già analizzato, l'art. 14 ter della l.n. 287/90 attribuisce un potere discrezionale di scelta per rendere vincolante un impegno nei limiti dell'ordinamento comunitario in ipotesi di preoccupazioni di illecito, al fine di neutralizzare la presunta violazione. Vi è in altri termini, un nesso causale stretto fra la preoccupazione manifestata e l'impegno assunto; nei casi esaminati, invece, l'AGCM trascende il singolo caso, nel tentativo, di regolare *ex ante* il mercato.

In questo caso, tuttavia, il concetto di regolazione è inteso nel senso tradizionale, ovvero di manipolazione del mercato, l'Autorità non agisce “per” il mercato, ma di fatto agisce “nel” mercato.

In questi termini si percepisce la grande differenza tra il semplice dato normativo e il dato pratico: una funzione già dirompente che permette di scegliere fra un intervento consensuale e non cogente e l'irrogazione di una sanzione, va oltre e attraverso lo strumento dell'accordo regola una fetta di mercato.

L'Autorità non in modo esplicito sembra aver dato una giustificazione al largo uso degli impegni, già accennata in apertura di capitolo, ovvero, la crisi economica.

L'Autorità nelle relazioni del 2008, 2009 e 2010¹⁹¹ giustifica l'attività annuale realizzata e, dunque, anche la conclusione di impegni attraverso la situazione

¹⁹¹ Si veda la relazione annuale presentata nel 2009 in cui in ottica di antiprotezionismo del mercato interno, al contempo, non si vogliono soffocare le imprese: “*A fortiori in una fase in cui l'economia è in recessione, è fondamentale non soffocare la vitalità ed il dinamismo delle forze imprenditoriali*”.

emergenziale della crisi economica. Ciò tuttavia non giustifica il largo uso esercitato nel 2007, quando ancora non si intravedevano sintomi di precarietà economica, e in cui l'applicazione di sanzioni sarebbe stata opportuna, data anche la particolare refrattarietà del mercato italiano ad un sistema concorrenziale¹⁹².

Alla luce di tutte queste considerazioni, non si può negare che lo strumento degli impegni, nato come residuale all'accertamento dell'infrazione e all'irrogazione di una sanzione, ha avuto in Italia un larghissimo uso, determinando da un lato lo snaturamento dello strumento così come pensato in sede comunitaria e, dall'altro lato, attribuendo all'AGCM una funzione, di tipo regolatorio, che ma si concilia con l'idea di concorrenza in cui le istituzioni agiscono "per" il mercato e non "nel" mercato.

¹⁹² A. GIANNACCARI C. LANDI, *Antitrust? Grazie abbiamo altri impegni, in mercato concorrenza e regole*, 2012.

Bibliografia:

- AMADEO S., *Decisioni della Commissione*, in *L'applicazione del diritto comunitario della Concorrenza, Commentario al regolamento n. 1/2003, del Consiglio del 16 dicembre 2002*, A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (a cura di), Milano, 2007;
- AMATO G., *La legge antitrust venti anni dopo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010;
- BARCELLONA M., *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul "concetto" di danno aquiliano*, in *riv.crit dir priv*, 2004;
- BARIATTI S., *Commissione europea e Autorità nazionale l'applicazione decentrata del diritto comunitario*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI- P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- BONOLINI G. CONFORTINI M., *Introduzione alla L. n. 287/1990*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura DI CATRICALÀ A.-TROIANO P., con la collaborazione di LACAVA C. STELLA S., 2010
- BELLOMO F., *Manuale di diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 2009;
- BROGGINI G, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Studi di diritto internazionale e comparato*, 2007;

- BOCCACCIO M. - SAIJA A., *La modernizzazione dell'antitrust. La decisione con impegni*, in "Mercato Concorrenza Regole", 2002
- BRUZZONE G.- BOCCACCIO M., *Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica*, in *Il diritto dei consumatori nella crisi e prospettive evolutive del sistema di tutela*, in *www.agcm.it*;
- BRUZZONE G. - SAIJA A., *Misure cautelari e decisioni con impegni nell'applicazione delle regole antitrust: i presupposti e le garanzie*, in *contratto e Impresa/Europa*, 2007;
- BRUZZONE G. - SAIJA A., *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1/2010
- CAMILLERI E., *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, 2008;
- CHIEPPA R. – GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, Milano, 2011;
- CINTIOLI F., *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza impegni e misure cautelari*, in *Giur. Comm.*, 2008;
- CINTIOLI F., *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

- CLARICH M., *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come Autorità pubblica indipendente*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- CERULLI IRELLI V., *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Arbitri dei mercati, Le Autorità indipendenti e l'economia*, (a cura di) M. D'ALBERTI e A. PAJNO, il Mulino, Bologna, 2010;
- CERULLI IRELLI V., «Consenso» e «Autorità» negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- CICIRIELLO M.C., *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, Napoli, 1999;
- D'ALBERTI M., *Il valore dell'indipendenza*, in *Arbitri dei mercati, Le Autorità indipendenti e l'economia*, di M. D'ALBERTI E A. PAJNO (a cura di) , il Mulino, Bologna, 2010;
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2008;
- D'ALBERTI M., *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale, 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, (a cura di) C. RABITTI

BEDOGNI- P. BARUCCI, tomo II, Giappichelli, Torino, 2010;

- DE LISE P., *Il contributo della giurisdizione amministrativa alla cultura antitrust*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI

- P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

- DEMARTINI G., *La definizione del procedimento Antitrust tra esigenze di efficienza e tutela degli interessi coinvolti*, in *Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*, 2009;

- DENOZZA F., *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI

- P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

- DENOZZA F. TOFFOLETTO. A., *Contro l'utilizzazione dell'”approccio economico” nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n.3/2006;

- DI CRISTINA F., *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'Autorità antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, Giuffrè Editore, Milano, 2012;

- DI VIA L., *Prime note sulla rilevanza civilistica degli impegni assunti nelle procedure antitrust*, 2007;

- DI VIA L., *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Mercato concorrenza regole*, 8/2008;

- FERRARESE M., *Le istituzioni della globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2000;
- FAVA P., *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr Giur.*, 4/2007;
- GIANNACCARI A – LANDI C., *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2012;
- GUAL J., HELLWIG M., PERROT A., POLO M., KEY P., SCHIMDT K., STEMBACKA R., *An economic approach to Article 82*, Report for Dg Competition, European Commission, 2005;
- IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002;
- IRTI N., *Diritto e mercato*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- IRTI N., *L'ordine giuridico dei mercati*, La Terza, Roma, 1998;
- LEONE C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Giuffrè Università degli studi Milano Bicocca, Milano, 2012;
- LIBERTINI M., *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate*, CINTIOLI F. OLIVIERI G. (a cura di), in *I nuovi strumenti di diritto antitrust, Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Giuffrè, Milano, 2007;

- LIBERTINI M., *Le decisioni “patteggiate” nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2006;
- LIBERTINI M., *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, (a cura di) C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- MARCANTONIO K., *Le decisioni con impegni e l'esercizio della funzione Antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012;
- MARINI F. S., *La concorrenza fra i poteri dello Stato: l'Autorità fra tradizione e innovazione*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- MENGIOZZI P., *Decisioni con impegni e diritto comunitario*, in *I nuovi strumenti di diritto antitrust, Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, (a cura di) CINTIOLI F. OLIVIERI G., Giuffrè, Milano, 2007;
- MINERVINI E., *La decisione con impegni in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo II, Giappichelli, Torino, 2010;
- MOTTA M. – POLO. M., *Antitrust, Economia e politica della concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2005;

- MUNARI F., *L'applicazione decentrata delle norme antitrust UE, primi bilanci problemi irrisolti e parziali soluzioni*, in *Mercato concorrenza regole*, n.1/2010;
- NOCE A., *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato concorrenza regole*, n.2/2011;
- NICITA A., *deterrenza sanzioni e mercato. Una riflessione economica*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato* (a cura di) M. Maugeri – A. Zoppini, il Mulino, Bologna, 2010;
- OLIVIERI G., *I Poteri cautelari dell'AGCM tra diritto comunitario e diritto interno*, in *I nuovi strumenti di diritto antitrust, Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, a cura di CINTIOLI F. OLIVIERI G., Giuffrè, Milano, 2007;
- PACE L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Giuffrè, Milano, 2005;
- PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza*, UTET, 2007;
- PARDOLESI R., *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato concorrenza regole*, n.1/2007;
- PARDOLESI R., *Analisi economica e diritto antitrust*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- PERA A. - CODACCI PISANELLI G., *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n.1/2012;

- PERA A. – CARPAGNANO M., *Le decisioni con impegni tra teoria e prassi: un'analisi comparata*, in *Contratto e Impresa*, 2008;
- PILATI A., *Il cambio di paradigma Antitrust dopo il 2003: interpretazione, tempo, strategia*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- POLICE A., *Il potere discrezionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;
- POLICE A., *I nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e le prospettive in termini di tutela giurisdizionale*, in *I nuovi strumenti di diritto antitrust, Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, (a cura di) CINTIOLI F. OLIVIERI G., Giuffrè, Milano, 2007;
- PESCE C., *I nuovi strumenti di public enforcement, Commissione europea e Antitrust nazionale a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012;
- POLO M., *Una stagione di riforme per l'Antitrust europeo, intervista a Mario Monti*, in *Mercato concorrenza regole*, n.8/2003;
- POLO M., *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1/2007;
- PROSPERETTI L., PANI L. TOMASI I., *Il danno antitrust*, Il Mulino 2009;

- RABITTI BEDOGNI C., *L'Autorità garante nell'ultimo triennio fra crisi economica e nuovi poteri, in 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

- RISSO F., *Gli impegni per contrastare gli effetti discorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Il Foro amministrativo*, 2012;

- SATTA F., *Indirizzo politico, Autorità di regolazione e Autorità antitrust: quale spazio e quali ruoli in un ordinamento fondato sul principio della libera concorrenza, 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

- SIRAGUSA M., *Le decisioni con impegni, in 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

- TAMPLE LANG J., *Commitment decision under regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision*, in *E.C.L.R.*, 2003;

- TESAURO C., *Recenti sviluppi del private enforcement*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3/2011;

- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2010;

- TIZZANO A., *Il contributo dei giudici dell'Unione Europea allo sviluppo del diritto della concorrenza, in 20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante*

della concorrenza e del mercato, a cura di C. RABITTI BEDOGNI- P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

- TORCHIA L., *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *20 anni di diritto antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C. RABITTI - P. BARUCCI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2010;

- VISCO COMANDINI V., *L'analisi economica delle Autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati, Le Autorità indipendenti e l'economia*, (a cura di) M. D'ALBERTI E A. PAJNO, il Mulino, Bologna, 2010;

- WILS W.P.J., *Settlements of EU Antitrust investigations: Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation n. 1/2003*, in *"World Competition"*, 2006;

- WISH R., *Competition law*, Oxford, 2008;

